Straflose Vor- und Nachtat.

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg,

vorgelegt von

Referendar Werner von Baumbach

aus Rudolstadt.

Quakenbrück

Handelsdruckerei C. Trute

1929.

Als Dissertation von der Juristischen Fakultät angenommen
am 14. Juli 1928.

Berichterstatter: Prof. Dr. E. Mezger.

Meinen lieben Eltern!

Schrifttum.

v. Alberti, Strafrechtliche Konsumtion, G. S. 76, S. 250 ff.

Amtlicher Entwurf eines Allgem. Deutschen Strafgesetzbuches von 1925, nebst Begründung, und von 1927 in der Fassung der Regierungsvorlage, nebst Begründung.

Aschrott-Liszt, die Reform des Reichsstrafgesetzbuches Bd. I 1910.

v. Bar, Gesetz und Schuld Bd. III 1909.

Baumgarten, Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 103, 1909.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen 1909.

Beling, Grundzüge des Strafrechtes 1925. 8. und 9. Aufl.

Binding, Handbuch des Strafrechtes I. Band 1885.

Binding, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, bes. Teil 1902, 1. Band.

Bünger, Ueber Handeln und Handlungseinheit als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe. Z. f. St. W. Bd. 8.

v. Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen 1879.

v. Calker, Strafrecht 3. Aufl. 1927.

Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme 1909.

Coenders, Die Idealkonkurrenz, D. Straf. Z. 1914. Spalte 339 ff.

Coenders, Ueber die Idealkonkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz 1921.

Doerr, Strafrecht Bd. I Allgem. Teil 1920.

Graf Dohna, Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und mehrerer strafbarer Handlungen; in „Reform des Reichsstrafgesetzbuches“, herausgegeben von Aschrott und von Liszt, Band I Allgem. Teil 1910 S. 401 ff.

Graf Dohna, Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen Z. f. St. W. 27 S. 329 ff.

Eckstein, Die Unbefugte Veräußerung fremder Gegenstände, Goltdammers Arch. 59 S. 414 ff.

Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes Bd. I 1904.

Finger, Besprechung des Lehrbuches von Binding, krit. Viertjahrsschr. 44 S. 568 ff.

Finger, Kritische Besprechung v. Entsch. d. Reichsgerichts, G. S 78 S. 387 ff.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 17. Aufl. 1926.

Freudenthal, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen; Strafrechtl. Abhandlungen Heft 37 1901.

Gerland, Deutsches Reichs-Strafrecht 1922.

Geyer, Grundriß zur Vorlesung über gemeines deutsches Recht, Bd. I.

Habermaas, Die ideale Konkurrenz der Delikte 1882.

Harburger, Diebstahl und Unterschlagung; Vergleichende Darstellung Bd. VI. 1906/09.

Hartmann, Der Diebstahl an Sparkassenbüchern, Goltdammers Arch. 50 S. 259 ff.

Hecker, Militärstrafrecht. 1887.

Hegeler, Der Betrug; Vergleichende Darstellung Bd. VII. 1906/09.

Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz 1883.

Hiller, Ueber den gegenwärtigen Stand der Lehre von der Konkurrenz der Delikte; G. S. 32 S. 195 ff.

Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen I. Band 1901, II. Bd. 1908.

Honig, Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925.

Honig, Straflose Vor- und Nachtat, 1927.

John, Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen. 1875.

John, Beiträge zu der Lehre von der Verbrechenskonkurrenz. Goltdammers Arch. III S. 620 ff.

Köhler, Deutsches Strafrecht Allg. Teil. 1917

Köhler, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 1900.

Krebs, Ueber den Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung, 1915.

Leipziger Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, herausgegeben von Ebermayer, Lobe, Rosenberg. 3. Aufl.

Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, Berlin 1900.

v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1927. 25. Aufl.

M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923.

Merkel, Adolf, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889.

Merkel-Liepmann, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Auflage, 1922.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch 1927.

Ortloff, Die Lehre von der Konsumtion der Strafdrohungen, Goltdammers Arch. 32 S. 395 ff.

Ortmann, Zur Lehre von der Idealkonkurrenz, Goltdammers Arch. 35 S. 36 ff.

Radbruch, Handlungsbegriff. 1882.

Ratzlaff, Unselbständige Handlungen, D. J. Z. 9 S. 1163 ff.

Sauer, Grundlagen des Strafrechtes 1921.

Schmidt, Richard, Grundriß des Deutschen Strafrechtes 1925.

Schröter, Handbuch des peinlichen Rechts Bd. I 1818.

Schütze, Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage, Z. f. St. W. III S. 48 ff.

Schütze, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1864 2. Auflage.

Schwartz, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1914.

Stelling, Ueber Idealkonkurrenz der Delikte, G. S. 42 S. 121 ff.

Thomsen, Das Deutsche Strafrecht, allgemeiner Teil, 1906.

Visini, Beiträge zur Kriminalrechtswissenschaft, Bd. III 1841.

Wachenfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1914.

Wachenfeld, Strafrecht; Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. V 1902/04.

Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz 1893.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

Als straflose Vor- und Nachtat bezeichnet man ein Tun, das zwar tatbestandsmäßig als strafbar erscheint, aber deshalb straflos bleibt, weil die für ein anderes Tun verhängte Strafe der Gerechtigkeit Genüge tut. Dieses andere Tun, die sogenannte Haupttat, umfaßt in seiner strafrechtlichen Bedeutung die Vor- bzw. Nachtat.

Der Begriff der Vor- und Nachtat entstammt dem Gebiete der Hehlerei. Die Tat des Hehlers ist Nachtat im Vergleiche zur Tat des Diebes, der Vortat. Die Begünstigung erscheint als Nachtat zu dem von einem anderen begangenen Verbrechen, der Vortat. In diesen Fällen handelt es sich um eine strafbare Vor- und Nachtat. Außerdem wird die Nachtat von einer anderen Person als die Vortat begangen.

Der Dieb selbst kann nicht wegen Hehlerei bestraft werden. Trotzdem bezeichnet man die Hehlerei hier nicht als straflose Nachtat, da rein tatbestandsmäßig keine Hehlerei vorliegt; denn es gehört zum Tatbestande der Hehlerei, daß ein anderer die Vortat begangen hat.

Schon Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob jemand, der zunächst durch Ansichbringen einer gestohlenen Sache Hehlerei begeht, dasselbe Verbrechen noch einmal begehen kann, wenn er später die Sache verheimlicht oder zum Absatze bei anderen mitwirkt. Die Frage ist vom RG. bereits im 1. Band S. 280 der Entscheidungen behandelt und dahin entschieden worden, daß hier keine neue selbständige Handlung vorliege. Das RG. betont dabei ausdrücklich, daß durch die erste Hehlerhandlung das Vergehen des § 259 begangen, d. h. abgeschlossen und vollendet sei; trotzdem fehlt der weiteren Hehlerhandlung demgegenüber die selbständige Bedeutung.

Diese Entscheidung, bei der die Tätigkeit des Angeklagten eine gewisse Verwandtschaft mit einem fortgesetzten Verbrechen aufweist, bildet den Ausgangspunkt für andere Entscheidungen, in denen das RG. einem späteren Tun gegenüber einem vorhergehenden die selbständige Bedeutung abgesprochen hat.

Bedeutsam waren hier besonders die Verbrechen, zu deren Tatbestande eine gewisse Absicht gehört. Es entstand die Frage, ob ein anderes Verbrechen, durch das diese Absicht verwirklicht wird, eine neue Straftat darstellen soll. So wurde die Frage aufgeworfen, ob der Dieb sich einer Unterschlagung schuldig mache, wenn er die ge-

stohlene Sache sich später aneigne, oder eines Betruges, wenn er die Sache veräußere.

Neben diesen sog. Verwertungshandlungen wurden Sicherungshandlungen als straflose Nachtaten aufgefaßt, z. B. die Vernichtung einer gestohlenen Sache, um sich der Entdeckung zu entziehen.

Andererseits wurde die Frage bisweilen vom RG. aufgeworfen, ob Handlungen, die nur als Mittel zur Begehung anderer Handlungen dienten, straflos sein sollten.

Erst nachdem das RG. [1]) zu diesen Fällen Stellung genommen hatte, fing auch das Schrifttum an, sich damit zu befassen. Während das RG. meist nur zum Ausdruck brachte, daß keine selbständigen Handlungen vorhanden seien, und bei Behandlungen der einzelnen Fälle keine allgemeingültigen Grundsätze aufstellte, suchte das Schrifttum mit mehr oder minder Geschick diese Fälle der Systematik einzuordnen. Doch fehlen auch hier meist bestimmte Grundsätze, die es ermöglichen, eindeutige Abgrenzungen zwischen Fällen strafloser Vor- und Nachtat und Realkonkurrenz vorzunehmen; außerdem fehlt es an einer stichhaltigen Begründung für die Straflosigkeit der Vor- bzw. Nachtat.

Dies soll im ersten Teile der Arbeit dargelegt werden. Es soll von den Entscheidungen des RG. ausgegangen werden, da diese den Anstoß zur Problemstellung gegeben haben. Im Schrifttum fehlt es meist an einer eingehenden Besprechung dieser Fälle. Nur Honig hat diese Lücke in neuester Zeit durch sein Buch „Straflose Vor- und Nachtat“ 1927 auszufüllen gesucht. Mit seinem Buche soll deshalb vor allem eine Auseinandersetzung erfolgen. Daran soll sich die Kritik der sonst im Schrifttum vertretenen Ansichten anschließen.

Die zweite Teil der Arbeit soll darlegen, daß eine Lösung des Problems nur möglich ist, wenn eine Handlungseinheit zur Grundlage der Fälle strafloser Vor- und Nachtat gemacht wird. Es muß zu diesem Zwecke auf die Begriffe „Handeln“ und „Handlung“ näher eingegangen werden.

Die Fälle strafloser Vor- und Nachtat lassen sich von dieser Grundlage aus teils der Gesetzeskonkurrenz, teils der Idealkonkurrenz einordnen.

Die Bezeichnung „Vor- und Nachtat“ wird insofern ungerechtfertigt erscheinen, als nur e i n e Handlung, also e i n e Tat vorliegt. Da die Bezeichnung sich aber eingebürgert hat, insbesondere durch die Honigsche Schrift bedeutsam geworden ist, mag sie beibehalten werden. Man muß sich nur darüber klar sein, daß unter derselben Bezeichnung zwar im wesentlichen dieselben Fälle wie früher gemeint sind, daß den Fällen aber eine andere Bedeutung beigelegt ist, die der Bezeichnung nicht mehr entspricht.

---

[1]) vgl. Entscheidungen des RG., die in II. 1. dieser Arbeit behandelt sind.

II. Stellung der Rechtsprechung und Lehrmeinung zum Problem der straflosen Vor- und Nachtat.

1. Die Entscheidungen des Reichsgerichts.

Die Entscheidungen des RG. sollen den Ausgangspunkt der Arbeit bilden; und da vor allem die Lehre von der straflosen Nachtat sich in den Entscheidungen des RG. entwickelt hat, während die Fälle strafloser Vortat noch verhältnismäßig selten vom RG. erkannt und gewürdigt sind, sollen zunächst die zur straflosen Nachtat ergangenen Entscheidungen behandelt werden.

Zur Begründung der Straflosigkeit der Nachtat führt das RG. an, daß keine zweite selbständige Handlung vorliege [1]).

Es zieht aber daraus nicht den weiteren Schluß, daß eine einheitliche nach den Grundsätzen der Idealkonkurrenz zu bestrafende Handlung gegeben sei. Dieser Standpunkt wird in Entscheidung 39 S. 239 hervorgehoben. Dort lehnt das RG. Idealkonkurrenz ab, nimmt aber trotzdem straflose Nachtat an. Ferner wird in Entscheidung 38 S. 139 betont, daß nach einer vollendeten Unterschlagung ein Betrug, falls er gegen dieselbe Person begangen werde, nicht weiter in Betracht komme. Bei Anwendung des § 73 StGB. müßte man jedoch die Strafe gerade aus den Betrugsvorschriften entnehmen, weil § 263 StGB. eine härtere Strafe als § 246 StGB. androht. Es ergibt sich daraus klar, daß das RG. Straflosigkeit der Nachtat nicht mit § 73 StGB., sondern mit anderen Erwägungen begründet. Diese Erwägungen führen aber, wie dargelegt werden soll, zu Unsicherheiten und Unbilligkeiten und entbehren einer gesetzlichen Grundlage.

Das Gesetz kennt beim Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen nur zwei Lösungen: entweder liegt ein- und dieselbe Handlung vor, dann kommt § 73 zur Anwendung, oder es liegen mehrer selbständige Handlungen vor, dann § 74. Ein Mittelding zwischen diesen beiden Möglichkeiten kennt das Gesetz nicht [2]). Wenn nun das RG. zur Begründung der Straflosigkeit der Nachtat anführt,

---

[1]) RG. 35 S. 64.

[2]) a. M.: Freudenthal, die notwendige Teilnahme S. 63; Höpfner Band 2, S. 40.

daß nicht zwei selbständige Handlungen vorliegen, andererseits aber auch nicht ein- und dieselbe Handlung als gegeben erachtet, so muß es zu einem Mittelding kommen, nämlich zu der Annahme, daß zwei unselbständige Handlungen vorliegen. Dieses Mittelding ist vom logischen Standpunkte aus durchaus möglich. Offenbar sollten aber durch die §§ 73 und 74 StGB. alle Möglichkeiten erschöpft werden, und es kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, dazwischen noch Raum für andere Fälle zu lassen; sonst hätte der Gesetzgeber auch für diese Fälle irgendeine Regelung gegeben. Der Gesetzgeber ging aber davon aus, daß entweder ein und dieselbe Handlung oder mehrere selbständige Handlungen vorliegen [3]). Hierin liegt eine Unklarheit, die durch das Wort „selbständig" verursacht wird. Klar wäre, daß eine erschöpfende Regelung gegeben wäre, wenn der Gesetzgeber in § 73 von ein und derselben in § 74 aber von mehreren Handlungen spräche. Dann gäbe es nur ein „entweder – oder". Aber auch so sollte eine erschöpfende Regelung gegeben sein. Der Gesetzgeber hätte sonst eine Lücke gelassen, die beliebig ausgefüllt werden könnte. Das war aber offenbar nicht die Absicht des Gesetzgebers. Der Zusatz des Wortes „selbständig" kann nur als Auslegungsregel dienen. Es soll dadurch ausgedrückt werden, daß eine Handlungsmehrheit nur dann gegeben ist, wenn die mehreren Handlungen selbständig sind. Wenn dies aber nicht der Fall ist, so liegt Handlungseinheit vor.

Es muß daher festgestellt werden, daß der Standpunkt des RG. keine gesetzliche Grundlage hat, weil das RG. weder mehrere selbständige noch ein und dieselbe Handlung annimmt, sondern eine dritte dem Gesetze unbekannte Möglichkeit.

Wir wollen jedoch im einzelnen prüfen, welche Gesichtspunkte vom RG. zur Begründung der Straflosigkeit der Nachtat geltend gemacht werden, und ob die Gründe des RG. stichhaltig erscheinen.

Der Hauptgesichtspunkt, der für die Straflosigkeit der Nachtat geltend gemacht wird, ist der, daß die Nachtat kein neues Rechtsgut verletze und deshalb keinen selbständigen Unrechtswert habe. Dieser Gedanke trifft aber weder das Entscheidende, noch ist er folgerichtig durchgeführt.

In Rechtsprechung 10 S. 488 liegt z. B. folgender Fall zugrunde:

Der Angeklagte hatte einen ihm zugelaufenen Hund unterschlagen. Später tötete er ihn, um dem Verdachte zu entgehen. Das RG. bestrafte den Angeklagten in diesem Falle nur wegen Unterschlagung.

Kann man in diesem Falle der durch Tötung des fremden Hundes tatbestandsmäßig erfüllten Sachbeschädigung jeden Unrechtswert absprechen? Gewiß ist es richtig, daß die Sachbeschädigung sich ebenso

---

[3]) vgl. Olshausen § 73 Nr. 1; Berner, Lehrbuch S. 297; Schütze, Lehrbuch S. 197; Thomsen, Deutsches Strafrecht S. 110.

wie die Unterschlagung gegen das Eigentum derselben Person richtet. Während die Unterschlagung aber das Eigentum dem Verletzten nur entzieht, wird durch die Sachbeschädigung das Eigentum vernichtet. Solange der Täter die Sache nur unterschlagen hat, besteht für den Verletzten immer noch die Möglichkeit, die Sache wiederzugewinnen; diese Möglichkeit scheidet aus, wenn der Täter die Sache vernichtet hat.

Ebenso ist die Sachlage, wenn der Dieb einer Urkunde diese später vernichtet, wie in Entsch. 35 S. 64, oder wenn eine betrügerisch erlangte Urkunde vernichtet wird [4]). Solange der Täter die Urkunde noch im Besitz hat, besteht immer die Möglichkeit, daß der Verletzte diese Urkunde auf irgendeine Weise einmal wiedererlangt. Diese Möglichkeit mag zwar praktisch vielleicht eine sehr geringe Wahrscheinlichkeit für sich haben. Immerhin, sie besteht doch. Völlig ausgeschlossen wird dagegen die Möglichkeit dadurch, daß der Täter die Urkunde vernichtet.

Auch ist es unrichtig, wenn das RG. zur Begründung der Straflosigkeit des betrügerischen Abhebens von Sparkassenbuchguthaben, nachdem der Täter das Sparkassenbuch gestohlen hatte, ausführt [5]):

„Der Diebstahl war mit der Wegnahme der Bücher aus dem Gewahrsame des T. vollendet. Die von der Angeklagten erstrebte Beschädigung des Vermögens desselben war eingetreten, die Sparkassenbücher mit den ihnen eigentümlichen Werten waren seinem Vermögen bereits entzogen. Wenn die Angeklagte diese Werte in Verwirklichung jener ihrer Zueignungsabsicht zu ihrem Vorteile ausnutzte, indem sie das Ged ganz oder zum Teil durch ihre Söhne abheben ließ, so kann darin kein neuer, sondern nur ein fortgesetzter aber bereits durch die Bestrafung wegen Diebstahls zur Sühne gebrachter Eingriff in fremdes Eigentum erblickt werden.“

Tatsächlich ist dem T. doch dadurch, daß ihm sein Sparkassenbuch gestohlen ist, noch nicht das Vermögen weggenommen. Wenn er vielmehr jetzt auf die Sparkasse geht und diese darauf aufmerksam macht, so wird es dem Dieb nicht gelingen, die Spareinlage abzuheben. Durch den Betrug wird also erst endgültig die Schädigung des T. herbeigeführt. Wenn sich auch Diebstahl und Betrug insofern gegen dasselbe Rechtsgut richten, als beide eine Vermögensschädigung des T. erstreben, so tritt doch durch den Diebstahl, abgesehen vom Verluste des Sparkassenbuches, noch keine eigentliche Schädigung, sondern nur eine Gefährdung ein. Die endgültige Schädigung wird erst durch den darauf folgenden Betrug bewirkt.

Wir wollen diesen Entscheidungen nun ein paar andere Entscheidungen gegenüberstellen, in denen das RG. straflose Nachtat abgelehnt hat und Realkonkurrenz annimmt.

---

[4]) Goltdammers Archiv 50 S. 121.

[5]) E. 39 S. 239; 15 S. 426; 5 S. 252.

In Entsch. 43 S. 60 liegt folgender Fall zugrunde: Der Angeklagte hat der Eisenbahnverwaltung Formulare zu Freifahrtscheinen gestohlen, diese sodann widerrechtlich ausgefüllt und zu Freifahrten benutzt.

Hier zeigt sich krasser wie in den vorhergehenden Fällen, daß der Unrechtswert der Nachtat nicht völlig umfaßt wird von der Haupttat. Es ist richtig, wenn das RG. sagt: „Das Wesen der Urkundenfälschung besteht nicht, wie das des Diebstahls und der Unterschlagung, in der Verletzung einer konkreten Berechtigung, sondern darin, daß dem objektiven Rechte zuwider die Form der Beurkundung im rechtlichen Verkehr — in dem vom Strafgesetz vorgesehenen Fällen — mißbraucht wird, und schon mit Rücksicht hierauf kann die Urkundenfälschung kein unselbständiger Bestandteil des beim Diebstahl verübten Eingriffs in das Vermögen eines anderen sein.“

Mit demselben Rechte könnte man sagen: Auch das Wesen der Urkundenvernichtung besteht nicht wie das des Diebstahls und der Unterschlagung nur in der Verletzung einer konkreten Berechtigung. Vielmehr wird auch hier dem objektiven Rechte zuwider der besondere Schutz, den das Strafgesetz den Urkunden zuteil werden läßt, mißbraucht. Dieser Schutz geht z. B. über den Schutz des Eigentums bei der Unterschlagung hinaus, da bei dieser die Höchststrafe nur drei Jahre Gefängnis ist, während § 274 StGB. Gefängnis schlechthin androht, neben welchem außerdem noch auf Geldstrafe erkannt werden kann.

Auffälliger ist allerdings das Mißverhältnis zwischen einem einfachen Diebstahle und einer schweren Urkundenfälschung. Hier ist die eine Handlung nur Vergehen, die andere dagegen Verbrechen. Daß hier der Unrechtswert des Diebstahls nicht den der schweren Urkundenfälschung umfassen kann, ist daher offensichtlich, aber ebensowenig kann der Unrechtswert einer Unterschlagung den einer Urkundenvernichtung umfassen.

In E. 43,60 heißt es ferner:

„Durch die Wegnahme der Formulare der Freifahrtscheine war für den Eisenbahnfiskus, mag der Angeklagte auch damals schon beabsichtigt haben, sie auszufüllen und zu unentgeltlichen Eisenbahnfahrten zu benutzen, nicht ein solcher Eingriff in das Vermögen des Fiskus, als dessen Fortsetzung die demnächst durch die Ausführung der Eisenbahnfahrten unter Benutzung der widerrechtlich ausgefüllten Scheine entstandene Schädigung gelten könnte, ausgeführt worden. Die Freifahrtscheinformulare, welche den Gegenstand des Diebstahls bildeten, hatten, abgesehen von dem Sachwerte des Papiers, keinen Wert, welcher bereits, wie dies bei den einen wirtschaftlichen Wert darstellenden Sparkassenbüchern der Fall ist, durch die Entwendung dem Eigentümer entzogen wurde. Einen solchen Wert konnten sie erst dadurch erhalten, daß sie durch die Ausfüllung für die Eisenbahnfahrten verwendbar gemacht wurden. Der durch die demnächstige Benutzung für den Eisenbahnfiskus entstandene Schaden ist demnach

nicht ein solcher, welcher in dem durch die Entwendung der Freifahrtscheinformulare entstandenen Schaden begriffen oder von ihm gedeckt war, sondern stellt sich diesem gegenüber als eine neue und andere Schädigung dar."

Ist nun, so muß man hier fragen, wirklich durch die Entwendung der Sparkassenbücher der Dieb bereits um die Gelder bereichert deren wirtschaftlichen Wert die Sparkassenbücher darstellen? Doch wohl nicht, auch wenn man sich auf den allerdings bestrittenen Standpunkt [6]) stellt, daß die Entwendung der Bücher Diebstahl sei. Es ist darauf bereits hingewiesen worden. Ebenso liegt jedoch der Fall mit den Freifahrtscheinen. Durch die Diebstahlshandlung ist in beiden Fällen m. E. nur eine bedeutende Gefährdung des Vermögens, abgesehen von der Entziehung des Papierwertes, eingetreten. Mag vielleicht die Gefährdung in einem Falle stärker wie im anderen sein, so müssen doch diese Fälle gleich behandelt werden.

Noch klarer tritt die widerspruchsvolle Behandlung der Fälle in Entscheidung 49 S. 405 zutage. Dort hatte der Angeklagte Postanweisungen, die er dem Schalterbeamten zwecks Auszahlung des angewiesenen Betrages vorgelegt hatte, nach der Verrechnung dem Beamten wieder weggenommen und, indem er sie nochmals an anderer Stelle der Postverwaltung einreichte, abermals den angewiesenen Betrag erhoben.

Wenn hier das RG. erklärt, daß durch die Entziehung der quittierten Postanweisungen die Postverwaltung zunächst nur ein Beweismittel für die von ihr der Anweisung gemäß an den Empfänger bewirkte Zahlungsleistung verloren habe, so gilt dies in gleicher Weise für Sparkassenbücher. Auch dort ist nur ein Beweismittel dem Eigentümer gestohlen. Wenn das RG. aber weiter sagt, daß der Verlust der Quittung keineswegs gleichbedeutend mit dem Verluste der den Gegenstand der Anweisung bildenden Geldsumme sei, so gilt auch dies in gleicher Weise für das Sparkassenbuch. Den Beweis dafür, daß er Geld auf der Sparkasse einbezahlt hat, kann der Eigentümer unter Umständen auch ohne das Sparkassenbuch führen.

Schließlich heißt es in der erwähnten Entscheidung 43 S. 66 weiter:

„Sollte der Angeklagte bei der Wegnahme der Freifahrtscheinformulare beabsichtigt haben, sie zu Eisenbahnfahrten benutzbar zu machen und zu verwenden, so würde diese Absicht nur als Beweggrund für die Wegnahme, als der vorläufige Entschluß, in der Folgezeit ein weitere selbständige Straftat im Anschluß an den Diebstahl zu begehen, in Betracht kommen können, ein Entschluß, der sich mit

---

[6]) Für Diebstahl: Frank 242 VII, 2 a; Harburger V. D. VI S. 190; Krebs S. 67; Hartmann, Goltdammers Archiv 40 S. 262; E. 5, S. 252; 15 S. 426; 39 S. 239. Gegen Diebstahl: Binding, Lehrbuch S. 264 ff.; Gerland S. 449; Olshausen § 242 Nr. 28; Finger G. S. 78 S. 403 ff.

dem Vorsatze der Begehung der späteren konkreten Tat der Urkundenfälschung in keiner Weise deckt."

Aber wenn dies vom RG. zum Beweise dafür angeführt wird, daß selbständige Handlungen vorliegen, so müßte es den Begriff der straflosen Vor- und Nachtat gänzlich streichen. Während in E. 35 S. 64 ausgesprochen wird, daß der Zweck, zu welchem, und die Handlungen, durch welche der Dieb seine Herrschaft über die Sache später ausüben wolle, nicht schon bei der Wegnahme in der Vorstellung des Täters konkretisiert zu sein brauchten, wird hier das Vorhandensein der konkreten Absicht nicht einmal als ausreichend angesehen. Zweifellos hatte der Angeklagte in Rechtsprechung 10 S. 488 bei Unterschlagung des Hundes nicht die Absicht, diesen später zu töten. Trotzdem nimmt das RG. straflose Nachtat an. Es erscheint demgegenüber als Widerspruch, wenn hier in E. 43 S. 66 zur Begründung der Selbständigkeit beider Handlungen darauf hingewiesen wird, daß der Täter trotz einheitlichen Entschlusses einen neuen Vorsatz habe fassen müssen.

Das RG. macht bei Diebstahl und Unterschlagung mit nachfolgendem Betruge einen Unterschied zwischen den Fällen, in denen dieselbe Person, und den Fällen, in denen verschiedene Personen verletzt werden [7]).

Wenn wir jedoch prüfen, ob eine derartige Unterscheidung Berechtigung besitzt, so müssen wir dies m. E. verneinen. Vielmehr sind die Fälle zwar nicht gleich gelagert, doch so ähnlich, daß eine verschiedene Beurteilung unrichtig ist. Vom Standpunkte des RG., das eine Handlungsmehrheit annimmt, müßte man in beiden Fällen auch wegen Betrugs Bestrafung eintreten lassen; von dem in dieser Arbeit vertretenen Standpunkte aus kann jedoch, da Handlungseinheit angenommen wird, nur eine Bestrafung eintreten.

Sowohl, wenn der Täter gegen dieselbe als auch, wenn er gegen eine andere als die durch die Haupttat geschädigte Person einen Betrug begeht, will der Täter nur einen Vermögensvorteil erlangen. In beiden Fällen soll der Betrug nur zur Verwertung des durch den Diebstahl herbeigeführten Vorteils dienen. Vom Standpunkte des Täters aus kann man deshalb nur von einer Straftat sprechen.

Ebenso wie jedoch in beiden Fällen der Täter nur einen Vermögensvorteil erstrebt, wird in beiden Fällen durch den Betrug gegenüber dem vorangegangenen Diebstahle ein weiterer Schaden herbeigeführt. Bei der Schädigung verschiedener Personen tritt dies allerdings klarer zutage. Hier ist durch den Diebstahl ein ganz anderes Vermögen geschädigt wie durch den Betrug, obwohl, worauf Eckstein [8]) besonders hingewiesen hat, im Endergebnis doch nur eine Person

---

[7]) Entscheidung 38 S. 192; 35 S. 65; 39 S. 243; 43 S. 65; 49 S. 18; 51 S. 8; vgl. auch Frank § 263 XI, 3 und § 242 X; Binding, Lehrbuch S. 352; Ebermayer § 263 Nr. 10; Hegeler V. D. VII S. 437.

[8]) Eckstein, Goltdammers Archiv 59 S. 242.

geschädigt ist. Aber auch, wenn der Betrug gegen dieselbe Person gerichtet ist, wie der Diebstahl, tritt eine neue Schädigung ein. Wem eine Sache gestohlen wird, der bleibt doch immer noch Eigentümer dieser Sache, wenn sie aber wieder an ihn verkauft wird, so gibt er freiwillig sein Eigentum an dem Kaufpreise auf, ohne dafür ein Entgelt zu bekommen [9]).

Der Dieb wird also Eigentümer des Geldes. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Eigentumsübertragung wegen Täuschung anfechtbar ist, ganz abgesehen davon, daß inzwischen das Geld mit anderem Gelde vermischt oder längst ausgegeben sein kann.

In beiden Fällen erlangt der Dieb durch den Betrug einen weiteren Vermögensvorteil als durch den Diebstahl. Während der Diebstahl ihm nur den Besitz einer ihm nicht gehörigen Sache verschafft hatte, wird er durch den Betrug in beiden Fällen Eigentümer des Entgeltes. Daraus geht hervor, daß beide Fälle gleich behandelt werden müssen.

Wie wenig die vom RG. zur Begründung der Straflosigkeit zugrunde gelegte Auffassung, daß die Nachtat keinerlei eigenen Unrechtwert habe, den Kernpunkt trifft, zeigt eine weitere Erwägung.

Daß ein Betrug gegenüber einem vorhergegangenen Diebstahl keinen selbständigen Unrechtswert hat, mag man mit Rücksicht auf die Strafordnungen vielleicht zuzugeben geneigt sein. Denn zu dem Ergebnis einer einzigen Strafe, die dem § 242 StGB. als dem die schwerere Strafe androhenden Gesetze zu entnehmen ist, kommt auch die hier vertretene Auffassung. Anders liegt es bereits, wenn ein Betrug einer Unterschlagung nachfolgt. Auch hier behauptet das RG. in E. 38 S. 192, daß der Betrug straflose Nachtat sein könne. Hier ist aber § 263 StGB. das die schwerere Strafe androhende Gesetz. Soll nun wirklich der Unrechtswert der Unterschlagung in diesem Falle den Unrechtswert des Betruges voll umfassen? Das Ergebnis wäre, daß, wer einen Betrug begeht, ohne vorher eine Unterschlagung verübt zu haben, härter bestraft werden könnte, als derjenige, der vorher eine Unterschlagung begangen hat. Noch unhaltbarer wird jedoch das Ergebnis, wenn es sich um einen Rückfallsbetrug handelt. Soll auch dieser straflose Nachtat zur Unterschlagung oder zum einfachen Diebstahl sein? Oder will man hier sagen, daß der Unrechtswert des Rückfallbetruges nicht durch den einer Unterschlagung umfaßt werden könne? Wenn man letzteres annimmt, so müßte man nach RG. den Täter sowohl wegen Betrugs als auch wegen Unterschlagung bestrafen, also wegen zweier Handlungen. Die Handlungen lägen aber bei dem einfachen Betruge genau so, obwohl das RG. dort den Betrug überhaupt nicht berücksichtigt, sondern nur e i n e strafbare Handlung annimmt. Es wäre deshalb wenig folgerichtig, wenn man die Selbständigkeit des Betruges davon abhängig machen wollte, ob es ein einfacher oder ein Rückfallsbetrug wäre.

---

[9]) vgl. Finger Kr. V. Schr. 44 S. 596.

Ungerecht ist ferner, wenn man einen Betrug, den man als straflose Nachtat ansieht, für die Feststellung eines späteren Rückfallbetruges gänzlich außer acht läßt. Man vermeidet dies Ergebnis, wenn man Idealkonkurrenz annimmt und daher die Bestrafung nach dem schwereren Gesetze eintreten läßt, aber den Betrug, auch wenn er das leichtere Vergehen ist, bei der Feststellung eines späteren Rückfallbetruges mitzählt.

Wir haben also festgestellt, daß das RG. für die Fälle strafloser Nachtat keine befriedigende Lösung gefunden hat. Die Lösung stützt sich weder auf das Gesetz, noch läßt sie sich mit logischen Gründen oder Billigkeitserwägungen rechtfertigen.

Weniger als mit dem Begriffe einer straflosen Nachtat haben sich bisher Rechtsprechung und Schrifttum mit dem Begriffe einer straflosen Vortat befaßt. Es handelt sich hier vor allem um die Frage, ob eine Handlung dann straflos sein kann, wenn sie nur Mittel zur Verwirklichung einer anderen Handlung ist, ohne daß die Tatbestände sich in einzelnen Tätigkeitsakten decken.

Grundsätzlich wird dies vom RG. verneint. Klar hervorgehoben hat E. 4 S. 190 diesen Standpunkt:

„Nicht der Handelnde, sondern das Recht bestimmt, was als eine Rechtsverletzung zu betrachten sei, und daß der Handelnde eine Mehrheit von Rechtsverletzungen in seine Absicht aufnahm und in eine Handlung zusammenfaßte, kann nicht bewirken, daß die mehreren Rechtsverletzungen nur als eine zu betrachen wären."

Demgegenüber finden sich aber doch einzelne Entscheidungen, in denen das RG. einen anderen Standpunkt eingenommen hat. In Betracht kommen hier vor allem die Entscheidungen, die sich mit der Frage auseinandersetzen, ob derjenige, der Nahrungsmittel verfälscht hat und später in Verkehr bringt, sowohl nach § 10 Nr. 1 wie nach § 10 Nr. 2 des Nahrungsmittelgesetzes zu bestrafen ist. Eine doppelte Bestrafung war in E. 10 S. 198 und Rspr. 9 S. 710 angenommen worden. Dagegen heißt es in Entscheidung 11 S. 355:

„Das Merkmal, wodurch bestimmt wird, ob beide Akte als selbständige voneinander unabhängige Handlungen zu beurteilen sind, oder ob sie zusammen nur eine Handlung ausmachen, läßt sich darin finden, ob Verkauf und Herstellung aus derselben von vornherein gefaßten Absicht entsprangen, oder ob der Verkauf aus einem besonderen, bei der Herstellung noch nicht gefaßten Willensakte, hervorging" [10]).

Hier wird also das Verfälschen der Nahrungsmittel nicht bestraft, obwohl die Tat vollendet war, bevor mit Ausführung der weiteren Straftat, nämlich dem Verkaufen der Nahrungsmittel, begonnen wurde. Das Verfälschen wird also nur als straflose Vortat gegenüber dem späteren Verkauf angesehen. Begründet wird die Straflosigkeit der Vortat aber nicht etwa damit, daß die Gesetzesvorschriften, näm-

---

[10]) Ebenso E. 25 S. 101 und 41 S. 205.

lich § 10 Nr. 1 und 2 a. a. O., zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis, nämlich im Verhältnis der Subsidiarität [11]), stehen, sondern zur Begründung wird die einheitliche von vornherein gefaßte Absicht verwandt. Wenn das RG. ein Subsidiaritätsverhältnis bejahte, müßte es stets das Verfälschen gegenüber dem Verkaufen straflos lassen. Dies tut es aber nicht [12]), vielmehr sagt Entscheidung 41 Seite 205 ausdrücklich:

„Durch die Einheit des Vorsatzes und den engen Zusammenhang zwischen Verfälschen und Feilhalten oder Verkaufen wird nicht etwa die Anwendbarkeit von § 10 Nr. 1 überhaupt ausgeschaltet, sondern nur die Annahme zweier selbständiger Handlungen im Sinne von § 74 StGB. abgeschnitten."

Doch nicht nur gegenüber dem Verkaufe bleibt bei einheitlicher Absicht das Verfälschen straflos, sondern auch gegenüber einem Betruge, der durch den Verkauf der gefälschten Lebensmittel erfolgt [13]).

Wenn hier also das RG. die Frage, ob der Täter sowohl wegen Verletzung der Nr. 1c des § 10 a. a. O. als auch wegen Verletzung des § 263 StGB. zu bestrafen sei, davon abhängig macht, ob Herstellung und betrügerischer Verkauf derselben von vornherein gefaßten Absicht entsprang oder nicht, so liegt offenbar ein Widerspruch zu der oben angeführten Entscheidung 4 S. 190 vor. Dort wird zum Ausdruck gebracht, daß der Handelnde nicht dadurch, daß er eine Mehrheit von Rechtsverletzungen in seine Absicht aufnehme, bewirken könne, daß die mehreren Rechtsverletzungen nur als eine zu betrachten seien; hier aber wird gerade von der einheitlichen Absicht die Einheit der Handlung abhängig gemacht.

Nun behauptet das RG. allerdings auch in E. 11 S. 355 nicht, daß stets die Einheit der Handlung nur von dem Willen des Täters abhängig sei. Vielmehr heißt es weiter in E. 11 S. 359:

„Nicht schon dann, wenn der frühere Willensakt das nur wegen der zufälligen persönlichen Verhältnisse, oder das nur aus persönlicher Willkür des Täters gewählte Mittel ist, um die beabsichtigte und erst durch den späteren Willensakt vollständig erreichbare Wirkung der Gesamthandlung durchzuführen, wie beim Diebstahle einer Waffe, um damit zu töten; wohl aber dann, wenn die frühere Tätigkeit den durch die Natur der Sache notwendig gemachten ersten Schritt zur Realisierung der Absicht der Gesamthandlung bildet, und wenn zugleich die verschiedenen Einzelakte gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet sind."

Es müssen also demnach sonstige Voraussetzungen vorliegen, die eine Handlungseinheit rechtfertigen. Ob die hier geforderten Voraussetzungen als entscheidende Gesichtspunkte anzusehen sind, soll später untersucht werden. Hier sei nur soviel festgestellt: Beim Vor-

---

[11]) So Honig, St. V. u. N. S. 55.

[12]) vgl. E. 10 S. 198 und Rspr. 9 S. 710.

[13]) E. 11 S. 355.

liegen bestimmter anderer Voraussetzungen läßt es das RG. von der Absicht des Täters abhängen, ob mehrere Tätigkeiten zu einer Handlung zusammengefaßt werden oder nicht.

Im Gegensatz zu den Entscheidungen, in denen das RG. straflose Nachtat annahm, wird die Straflosigkeit der Vortat mit der Handlungseinheit begründet. Die verschiedenen Tätigkeiten werden durch die Einheit des Willens zusammengefaßt und bilden eine Handlung; infolgedessen kommt § 73 StGB. zur Anwendung. Dagegen hat das RG. die Straflosigkeit der Nachtat nur damit zu begründen gesucht, daß die Nachtat gegenüber der Haupttat keinen Unrechtswert habe; daß diese Begründung nicht zu halten ist, wurde bereits nachgewiesen.

Noch auf eine weitere bedeutsame Entscheidung sei hingewiesen: In Entscheidung 44 S. 28 wird Idealkonkurrenz zwischen § 263 und § 269 StGB. für folgenden Fall bejaht:

Der Angeklagte läßt sich unter falschen Vorspiegelungen Blankowechsel geben und hat dabei die Absicht, die Wechsel vertragswidrig auszufüllen. Später füllt er tatsächlich die Wechsel vertragswidrig aus.

Hier ist der Betrug, durch den sich der Angeklagte die Wechsel verschafft, vollendet, bevor mit der Urkundenfälschung begonnen wird. Denn eine Vermögensschädigung liegt bereits, wie das RG. hervorhebt, darin, daß der Angeklagte durch den Besitz der Wechsel die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit erlangt hat, die Wechsel seiner Absicht gemäß fälschlich auszufüllen. Eine derartige Gefährdung des Vermögens stellt bereits eine Wertminderung dar. Doch „sein Plan ging von vornherein darüber hinaus, einerseits auf Erlangung des aus der Ausfüllung und Begebung der Akzepte folgenden Vermögensvorteils, andererseits auf Verwirklichung der bezeichneten Gefahr durch rechtswidrige Belastung des N. mit einer Wechselschuld, also auf unmittelbare Verminderung des Vermögenswertes durch Begründung einer solchen Schuld. Es bedarf keiner Ausführung, daß das ganze Handeln des Angeklagten der natürlichen Betrachtung als eine Einheit erscheint“.

Also auch hier werden mehrere Delikte deshalb zu einer Einheit zusammengefaßt, weil sie einem einheitlichen Plane des Täters entspringen; daneben wird darauf hingewiesen, daß das ganze Handeln der natürlichen Betrachtung als eine Einheit erscheint. Wenn wir nun dieser Entscheidung die oben angeführte Entscheidung 43 S. 60 gegenüberstellen, so wird sich auch hier ein Widerspruch nicht verheimlichen lassen:

Dort wurde der Angeklagte, der sich zunächst durch Diebstahl die Freifahrtscheine verschafft hatte, um diese dann später fälschlich auszufüllen und zu benutzen, wegen Diebstahls und Urkundenfälschung in Realkonkurrenz bestraft. Doch entsprang dort das ganze Handeln des Angeklagten ebenso einem einheitlichen Plane wie im letzterwähnten Falle; und die natürliche Betrachtungsweise wird in beiden Fällen das ganze Handeln als Einheit ansehen.

Ob es richtig ist, die Einheit einer Handlung von der natürlichen Betrachtungsweise abhängig zu machen, oder ob zur Handlungseinheit erforderlich ist, daß dieselben Tätigkeitsakte, die zur Verwirklichung eines Verbrechentatbestandes dienen, auch den anderen Tatbestand verwirklichen müssen, wird im Laufe dieser Arbeit eingehend untersucht werden. Dann wird sich zeigen, welche von den sich widersprechenden Entscheidungen zu billigen sind.

2. Die Lehrmeinung mit besonderer Berücksichtigung der Ansicht Honigs.

Wir haben gesehen, in wie verschiedener Weise das RG. zum Probleme der straflosen Vor- und Nachtat Stellung genommen hat. Es soll nun auf die im Schrifttum vertretenen Ansichten eingegangen werden.

Auch hier findet die Straflosigkeit der Nachtat meist ihre Begründung in dem ihr mangelnden Unrechtswert; die straflose Vortat wird wenig erwähnt oder ähnlich behandelt. Doch während das RG. nicht klar zum Ausdruck bringt, auf welches Konkurrenzverhältnis die Fälle strafloser Nachtat zurückgeführt werden sollen, versucht das Schrifttum dies in mehr oder minder bestimmter Weise zu tun.

Von besonderer Bedeutung ist die in neuester Zeit von Honig erschienene Schrift „Straflose Vor- und Nachtat" 1927. Schärfer noch wie das RG. legt Honig seiner Schrift den Gedanken zugrunde, daß die Fälle strafloser Vor- und Nachtat stets eine Handlungsmehrheit zur Voraussetzung haben [1]). Er lehnt es also entschieden ab, die Handlungseinheit als Grundlage der Straflosigkeit der Vor- bzw. Nachtat anzusehen, wie dies das RG. wenigstens bei den Fällen strafloser Vortat getan hat.

Auch bei Honig finden wir den Gedanken des RG. wieder, daß die Nachtat gegenüber der Vortat keinen eigenen Unrechtswert habe [2]). Daß auf diese Weise das Problem nicht gelöst werden kann, darauf ist bereits zur Genüge bei der Kritik der Reichsgerichtsansicht hingewiesen worden.

Doch der Kernpunkt der Honigschen Ansicht ist, daß die Fälle strafloser Vor- und Nachtat in einer engen Parallele zu den Fällen der Gesetzeskonkurrenz stehen. Der Unterschied besteht nach Honig nur darin, daß die straflose Vor- und Nachtat eine Handlungsmehrheit, die Gesetzeskonkurrenz eine Handlungseinheit zur Voraussetzung hat. Beide werden aber von Honig dem Begriffe der unechten Konkurrenz untergeordnet und damit in einen gemeinsamen Gegensatz zu den Fällen echter Konkurrenz, der Ideal- und Realkonkurrenz, gestellt. Zur Begründung dieser Ansicht geht Honig von den Begriffen Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion und Alternativität

---

[1]) Honig, St. V. u. N. S. 11.

[2]) Honig a. a. O. S. 95.

aus. Er sucht diesen Ausdrücken einen eindeutigen Begriffsinhalt zu geben und die Fälle der Gesetzeskonkurrenz ebenso wie die Fälle strafloser Vor- und Nachtat diesen Begriffen unterzuordnen.

Honig faßt dabei unter dem Begriffe „straflose Vor- und Nachtat" verschiedenartige Fälle zusammen. Teils sind es in der Tat Fälle einer unechten Konkurrenz. Wo dies der Fall ist, liegt m. E. Gesetzeskonkurrenz vor; denn das einzige Unterscheidungsmerkmal Honigs, nämlich die Handlungseinheit der Gesetzeskonkurrenz im Gegensatze zur Handlungsmehrheit der straflosen Vor- und Nachtat, wird vom hier vertretenen Standpunkt nicht anerkannt. Doch, wenn auch hier bereits eine Meinungsverschiedenheit zwischen der Honigschen und der hier vertretenen Ansicht besteht, so sind immerhin bezüglich dieses Teiles der Fälle strafloser Vor- und Nachtat die Ansichten darin übereinstimmend, daß eine unechte Konkurrenz gegeben ist.

Anders dagegen verhält es sich bei dem anderen Teile der Fälle strafloser Vor- und Nachtat, der von Honig ebenso behandelt wird; und zwar sind das gerade die hauptsächlichsten Fälle, deren Lösung besondere Schwierigkeit bereitet.

Wenn Honig auch diese Fälle als unechte Konkurrenzfälle ansieht, so begeht er damit m. E. einen großen Fehler, der seine ganze Schrift beeinflußt und widerspruchsvoll macht. Dies soll sogleich gezeigt werden.

Um Honigs Lehre zu verstehen, müssen wir näher auf die seiner Schrift zugrunde gelegten Begriffe der Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion und Alternativität eingehen. Wir werden dann unschwer den in seiner Lehre vorhandenen Widerspruch erkennen.

Bezüglich der Fälle der Spezialität kann ich mich der Honigschen Begriffsbestimmung anschließen [3]):

„Spezialität liegt dann vor, wenn sämtliche Tatbestandsmerkmale der lex generalis (des Grundtatbestandes) in der lex specialis enthalten sind, außerdem aber noch ein oder mehrere spezialisierende Merkmale."

Es handelt sich also bei der Spezialität um eine bestimmte Beziehung, die zwischen mehreren gesetzlichen Tatbeständen, also Strafrechtssätzen, besteht. Diese Beziehung besteht darin, daß die sämtlichen Tatbestandsmerkmale des einen Strafrechtssatzes in dem anderen enthalten sind; wenn daher die lex specialis verwirklicht wird, so wird gleichzeitig auch der Tatbestand der lex generalis verwirklicht Weil aber die lex specialis noch ein oder mehrere spezialisierende Merkmale aufweist, so kommt, wenn auch diese spezialisierenden Merkmale verwirklicht sind, nur die lex specialis zur Anwendung.

Auch der weiteren Behauptung Honigs [4]), „Spezialität ist nur als Gesetzeskonkurrenz denkbar", kann ich beistimmen.

---

[3]) a. a. O. S. 19.

[4]) a. a. O. S. 19.

Den Begriff der Subsidiarität umschreibt Honig[5]) folgendermaßen:

„Mehrere Strafrechtssätze stehen im Verhältnis der Subsidiarität zueinander, wenn dasselbe Rechtsgut durch sie in verschiedenen Angriffsstadien geschützt wird; die subsidiäre Strafbestimmung kommt nach Verwirklichung der primaren nicht zur Anwendung, weil das zwar notwendigerweise zu durchlaufende, aber weniger gefährliche Angriffsstadium als unbedeutenderes außer Betracht bleibt."

Dieser Begriffsbestimmung kann ich mich nicht völlig anschließen; denn sie paßt nicht auf die von Honig unter dem Begriffe der Subsidiarität zusammengefaßten Fälle.

Richtig und wesentlich ist, daß es sich bei der Subsidiarität ebenso wie bei der Spezalität um eine Beziehung handelt, in der Strafrechtssätze zueinander stehen, und zwar handelt es sich um eine notwendige Beziehung. Bei der Spezialität ist das ohne weiteres klar. wenn die lex specialis verwirklicht wird, so wird notwendigerweise auch der Tatbestand der lex generalis verwirklicht. Doch ebenso besteht bei der Subsidiarität eine notwendige Beziehung zwischen der lex primaria und der lex subsidiaria. Diese notwendige Beziehung liegt aber nicht darin, daß zur Verwirklichung des primären Tatbestandes der subsidiäre notwendigerweise zu durchlaufen ist. Vielmehr besteht die notwendige Beziehung darin, daß die subsidiäre Strafbestimmung notwendigerweise nur im Hinblick auf eine spätere Verwirklichung der primaren Strafbestimmung verwirklicht werden kann.

Ein Fall der Subsidiarität ist z. B. das Sicherbieten zum Morde gegenüber dem Morde[6]). Trotzdem ist zur Verwirklichung des § 211 StGB. nicht notwendig die vorherige Verwirklichung des § 49a erforderlich. Vielmehr kann man einen Mord begehen, ohne sich vorher erst zur Begehung zu erbieten. Also ist das „Sicherbieten" nicht ein notwendigerweise zu durchlaufendes Angriffsstadium. Dagegen besteht insofern eine notwendige Beziehung zwischen beiden Tatbeständen, als ich den subsidiären Tatbestand notwendigerweise im Hinblick auf eine spätere Verwirklichung des primaren Tatbestandes verwirkliche. Wenn ich mich zum Morde erbiete, so geschieht dies eben notwendigerweise im Hinblick auf eine spätere Verwirklichung des Mordes. Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß dieser später tatsächlich zur Ausführung kommt. Aber ich kann z. B. den § 49a auch im Hinblick auf einen späteren Raub verwirklichen, wenn ich nämlich einen Raubmord plane. Gegenüber dem Tatbestande des Raubes ist jedoch § 49a nicht subsidiär, da nicht notwendigerweise § 49a im Hinblick auf § 249 StGB. verwirklicht wird; anders ist es aber bei dem Verhältnis von § 49a zu § 211 StGB.

---

[5]) a. a. O. S. 49.

[6]) a. a. O. S. 43.

Trotzdem Honigs Begriffsbestimmung der Subsidiarität, wie wir sehen, nicht genau ist, meint er doch offenbar das Richtige, denn er ordnet der Subsidiarität die richtigen Fälle unter, nämlich die Fälle, bei denen die hier gekennzeichnete notwendige Beziehung gegeben ist.

Wenn Honig [7]) weiter erklärt, daß die Subsidiaritätsfälle stets Fälle strafloser Vortat seien, nie also Fälle der Gesetzeskonkurrenz, so erklärt sich das aus seinem engen Begriff der Handlungseinheit. Nach Honigs Auffassung setzen die Subsidiaritätsfälle stets eine Handlungsmehrheit voraus; es wird jedoch später bewiesen werden, daß bei den Fällen der Subsidiarität ebenso wie bei den sonstigen Fällen strafloser Vor- und Nachtat Handlungseinheit gegeben ist: deshalb sind die Subsidiaritätsfälle ebenso wie die Spezialitätsfälle Unterarten der Gesetzeskonkurrenz.

Trotz falscher Begriffsbestimmung der Subsidiarität hat Honig deren Fälle im wesentlichen richtig erkannt. Umgekehrt gibt Honig für die Konsumtion zwar eine richtige Begriffsbestimmung, verkennt aber z. T. die Fälle.

Diese Begriffsbestimmung lautet [8]): „Konsumtion liegt vor, wenn — bei Identität des geschützten Rechtsgutes — der durch einen Rechtssatz angestrebte Rechtsgüterschutz vollständiger ist, als der durch einen anderen."

Also auch bei der Konsumtion handelt es sich um eine Beziehung von Rechtssätzen zueinander. Daraus ergibt sich auch für die Konsumtion als Grundlage ein Verhältnis, in dem notwendigerweise mehrere Rechtssätze zueinander stehen. Die notwendige Beziehung ist hier zwar nicht so offensichtlich, wie bei der Spezialität und Subsidiarität, da sie sich aus dem Rechtsgüterschutz herleitet. Deshalb ist es möglich, daß der konsumierende Rechtssatz verwirklicht wird, ohne daß der konsumierte gegeben ist. Ein Zweikampf kann z. B. ohne Körperverletzung ausgefochten werden. Trotzdem steht § 205 zu § 223 a StGB. im Konsumtionsverhältnis. Hier besteht die notwendige Beziehung darin, daß stets die bei einem Zweikampfe vorkommende Körperverletzung konsumiert wird, weil der durch § 205 angestrebte Rechtsgüterschutz den durch § 223 a angestrebten Rechtsgüterschutz mitumfaßt. Das bringt auch Honig zum Ausdruck, wenn er bei Bekämpfung der Lentschen Ansicht auf S. 79 sagt: „Es ist methodisch unrichtig, eine Auslegungsregel, wie solche sich hinter dem Begriffe der Konsumtion verbirgt, nicht vom Standpunkte der Gesetzesbestimmungen aus zu erfassen, für die Konsumtion also ein bestimmt geartetes Verhältnis abstrakter Deliktstatbestände zueinander nicht als entscheidende Grundlage anzusehen."

Aber gerade in diesen Fehler verfällt Honig selbst bei den Fällen strafloser Nachtat. Dies zeigt sich klar, wenn Honig [9]) einen Betrug

---

[7]) a. a. O. S. 63.
[8]) a. a. O. S. 113.
[9]) a. a. O. S. 85.

als Nachtat deshalb straflos läßt, weil Konsumtion vorliegt, in anderen Fällen[10]) aber erklärt, daß der Unrechtswert eines nachfolgenden Betruges durch die Haupttat nicht umfaßt werde, deshalb in diesen Fällen zwischen Diebstahl und Betrug kein Konsumtionsverhältnis annimmt.

Von einer notwendigen Beziehung der Rechtssätze kann doch dann keine Rede sein. Denn wenn Diebstahl und Betrug im Konsumtionsverhältnis ständen, so müßte der Betrug stets durch den Diebstahl konsumiert werden; gerade das aber lehnt Honig ab. Ebenso ist es aber bei den sonstigen Fällen der straflosen Nachtat, z. B. bei Unterschlagung mit nachfolgender Sachbeschädigung. Auch zwischen dem Tatbestande der Unterschlagung und dem Tatbestande der Sachbeschädigung besteht keine notwendige Beziehung, aus der ein Konsumtionsverhältnis folgen könnte. Vielmehr lassen sich durchaus Fälle denken, in denen Honig sicherlich eine Konsumtion der Sachbeschädigung durch die Unterschlagung ablehnen würde. Wenn z. B. jemand um eine Sache zu unterschlagen, eine andere, etwa das Behältnis derselben, zerstört, so liegt hier zweifellos ein echtes Konkurrenzverhältnis zwischen Unterschlagung und Sachbeschädigung vor; keineswegs stehen die beiden Delikte also in einer notwendigen Beziehung, die man als Konsumtion bezeichnen könnte. Daß aber zwei Rechtssätze nicht bald im Verhältnis einer echten, bald einer unechten Konkurrenz stehen können, das bringt Honig selbst klar zum Ausdruck[11]). Wenn er also trotzdem in den Fällen strafloser Nachtat Konsumtion annimmt, so widerspricht er sich damit selbst.

Honig versucht seine Auffassung dadurch zu rechtfertigen, daß er zwischen abstraktem Deliktstatbestand und konkretem Einzelfall unterscheidet. Er sagt[12]):

> „Ob Konsumtion vorliegen kann, richtet sich danach, welchen Rechtsgüterschutz die abstrakten Deliktstatbestände anstreben; ob sie im Einzelfalle vorliegt, hängt davon ab, welchen Erfolg der Täter mit der dem konsumierenden Gesetz unterfallenden Handlung herbeigeführt hat, und insbesondere auch herbeiführen wollte."

Eine derartige Trennung zwischen abstrakten Tatbeständen und Einzelfall ist logisch nicht haltbar, weil ein innerer Zusammenhang zwischen beiden besteht. Der abstrakte Deliktstatbestand umfaßt alle Einzelfälle. Wenn festgestellt wird, daß der abstrakte Deliktstatbestand eines Verbrechens zu dem abstrakten Deliktstatbestand eines anderen Verbrechens im Konsumtionsverhältnis steht, so stehen auch die Einzelfälle im Konsumtionsverhältnis. Man darf dies für den Einzelfall nicht davon abhängig machen, „welchen Erfolg der Täter

---

[10]) a. a. O. S. 88.

[11]) a. a. O. S. 86 Anm.

[12]) Honig a. a. O. S. 79 unten.

mit der dem konsumierenden Gesetz unterfallenden Handlung herbeigeführt hat, und insbesondere auch herbeiführen wollte“ [13]).

Vielmehr sind auch dies Fragen des abstrakten Deliktstatbestandes. Wenn Honig, wie wir bereits gesehen haben, einen Betrug, der dem Diebstahle nachfolgt, bald durch den Diebstahl konsumieren läßt, bald eine Konsumtion ablehnt, so folgt daraus, daß die abstrakten Deliktstatbestände des Diebstahls und Betrugs nicht im Konsumtionsverhältnis stehen. Anders ist, wie bereits erwähnt wurde, das Verhältnis von § 205 zu § 223 a StGB. Wenn Honig [14]) auch für diesen Fall behauptet, daß zwischen abstrakten Deliktstatbeständen und Einzelfall unterschieden werden müsse, so verursacht er dadurch besondere Verwirrung. Eine Konsumtion der Körperverletzung durch den Zweikampf kann natürlich nur dann erfolgen, wenn der Zweikampf eine Körperverletzung zur Folge hatte. War dieses nicht der Fall, so liegt der Tatbestand des § 223 a StGB. nicht vor und es ist selbstverständlich, daß eine Konsumtion nicht eintreten kann. Dies ändert aber nichts an der Beziehung der abstrakten Deliktstatbestände, die sich aus der Tatsache ergibt, daß in jedem Einzelfalle, in dem ein Zweikampf mit einer Körperverletzung verbunden ist, die Körperverletzung konsumiert wird.

Hierdurch ist der Beweis dafür geliefert, daß die Fälle strafloser Nachtat nicht auf dem von Honig eingeschlagenen Wege zu lösen sind

Bei der Alternativität wird rein tatbestandsmäßig nur entweder das eine oder das andere Gesetz verwirklicht. Es liegt also rein tatbestandsmäßig nur ein Delikt vor [15]).

Deshalb mag es zweifelhaft sein, ob man hier überhaupt von einer Konkurrenz sprechen kann. Tut man es doch, so gibt man dem Begriffe „Konkurrenz“ einen besonderen Inhalt. Es würde sich dabei letzten Endes nur um einen Streit um Worte handeln. Die Behandlung der Fälle ergibt sich klar aus der Tatsache, daß rein tatbestandsmäßig nur ein Delikt gegeben ist. Deshalb braucht auf diese Fälle nicht weiter eingegangen zu werden.

Aehnlich wie Honig sucht auch die herrschende Lehre die Fälle strafloser Vor- und Nachtat stets in das Gebiet einer unechten Konkurrenz zu verweisen. Daß dies nur für einen Teil dieser Fälle zutreffend ist, darauf wurde bereits hingewiesen.

Während jedoch Honig zwischen Gesetzeskonkurrenz und strafloser Vor- und Nachtat einen gewissen Unterschied sieht, allerdings, ohne den entscheidenden Gesichtspunkt zu finden, wird meistens die Vor- und Nachtat als Unterfall der Gesetzeskonkurrenz behandelt. So sagt Meyer-Allfeld [16]):

---

[13]) Honig s. oben.

[14]) a. a. O. S. 79 unten.

[15]) ebenso auch Honig a. a. O. S. 96.

[16]) Lehrbuch S. 237.

„Weiter ist Konsumtion gegeben, wenn die eine an sich strafbare Handlung nur das Mittel zu einer darauffolgenden strafbaren Handlung bildet und als solches vom Gesetz entweder ausdrücklich anerkannt, oder als dem regelmäßigen Verlauf entsprechend stillschweigend vorausgesetzt ist; andererseits dann, wenn eine an sich strafbare Handlung sich nur als die Verwirklichung der Absicht darstellt, die schon zum Tatbestande der vorausgehenden strafbaren Handlung gehört."

Die Konsumtionsfälle sind bei ihm aber Unterfälle der Gesetzeskonkurrenz.

Einen ähnlichen Standpunkt vertreten Olshausen und Frank [17]).

Daß jedoch Diebstahl und Betrug nicht im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz zueinander stehen, weil keine notwendige Beziehung zwischen den Strafrechtssätzen besteht, und daß man eine Gesetzeskonkurrenz nicht dann annehmen kann, wenn man nur in einzelnen Anwendungsfällen eine Konsumtion eintreten läßt, darauf ist bereits hingewiesen worden.

Sofern man freilich den Begriff der Nachhandlungen darauf beschränkt, daß man, wie Beling [18]), eine Unterschlagung der gestohlenen Sache ablehnt, ist nichts dagegen einzuwenden, daß hier Gesetzeskonkurrenz angenommen wird. Hier besteht allerdings eine notwendige Beziehung zwischen den Strafrechtssätzen. Für andere Fälle, insbesondere den Fall des dem Diebstahle folgenden Betruges, nimmt aber Beling folgerichtig Realkonkurrenz an, denn diese Fälle lassen sich nicht auf die Gesetzeskonkurrenz zurückführen.

Mit Recht vermißt Alberti [19] eine Begründung der herrschenden Lehre. Eine Begründung läßt sich nicht auf Grund der Annahme von Gesetzeskonkurrenz geben.

Auch Franks [20]) Begründung ist nicht ausreichend:

„Die Begründung liegt darin, daß in den Fällen der bezeichneten Art der staatliche Strafanspruch wegen einer Handlung (beim Diebstahl: der Zueignung) schon vor deren Vollzug gegeben ist; er kann also unmöglich durch den Vollzug nochmals erzeugt werden."

Durch den Diebstahl wird nur die Wegnahme in Zueignungsabsicht mit Strafe bedroht. Wenn nachher die Sache veräußert wird, so wird dadurch der durch den Diebstahl entstandene Schaden vertieft. Man ist nun nicht ohne weiteres berechtigt, die Strafe für diese Veräußerung als durch den Diebstahl bereits verwirkt anzusehen. Nur, wenn ich Wegnahme und Veräußerung unter einen Handlungsbegriff

---

[17]) Olshausen § 73 Anm. 14 a und c; Frank § 73 XII, 28; vgl. auch Dörr, Strafrecht I S. 108; Schwartz StGB. S. 243; Ebermayer S. 30.

[18]) Beling, L. v. V. S. 319.

[19]) Alberti, G. S. 76 S. 262 ff.

[20]) Frank § 73 VII 2 c γ; ähnlich Köhler, Deutsches Strafr. S. 556.

bringe, kann ich in § 73 StGB. einen Grund dafür finden, daß eine Strafe wegen Betrugs nicht zur Anwendung kommt.

Den Fehler einer Zurückführung der straflosen Nachtat auf die Gesetzeskonkurrenz vermeidet Sauer [21]), indem er die Konsumtion aus dem Gebiete der Gesetzeskonkurrenz ausscheidet und ebenso wie bei der Idealkonkurrenz auch bei der Konsumtion eine konkrete Betrachtungsweise anwendet im Gegensatz zur abstrakten Betrachtungsweise bei Spezialität und Subsidiarität.

Unrichtig ist es jedoch m. E., die Konsumtionsfälle allgemein aus dem Gebiete der Gesetzeskonkurrenz auszuscheiden. Vielmehr müssen nur einzelne Fälle ausgeschieden werden, die von der herrschenden Meinung der Konsumtion untergeordnet werden, bei denen es aber an einer notwendigen Beziehung von Strafrechtssätzen fehlt. Wenn man aber, wie Sauer, davon ausgeht, daß die Konsumtion kein Unterfall der Gesetzeskonkurrenz sei, so muß man sie in irgendeiner anderen Weise dem Konkurrenzsystem einordnen. Eine selbständige Anerkennung hat die Konsumtion im Strafgesetzbuche nicht gefunden. Wir können sie nicht mit der Idealkonkurrenz, die in § 73 StGB. eine ausdrückliche Regelung gefunden hat, auf eine Stufe setzen; und das System, das Sauer sich für die verschiedenen Konkurrenzfälle zusammengestellt hat [22]), mag vielleicht logisch vertretbar sein, wenngleich sich auch da m. E. Bedenken geltend machen ließen. Auf jeden Fall hat dieses System keine Anerkennung durch das Gesetz gefunden.

Vielfach wird die Handlungseinheit in einen Gegensatz zur Verbrecheneinheit gesetzt. Die Fälle strafloser Vor- und Nachtat werden dann als Fälle der Handlungsmehrheit bei Verbrecheneinheit angesehen. Es wird daraus gefolgert, daß zwar wegen der Verbrechenseinheit nur eine Strafe eintreten könne, daß aber keine Idealkonkurrenz gegeben sei, da ja keine Handlungseinheit vorliege. Liszt [23]), der diesen Standpunkt vertritt, muß dann schließlich doch auch hier Gesetzeskonkurrenz annehmen, denn er sagt weiter auf S. 344: „

§ 73 ist stets bei Verbrechenseinheit anzunehmen, soweit nicht der Fall unter II (scheinbare Gesetzeskonkurrenz) vorliegt."

Daraus folgt, daß Liszt, da er bei den Fällen strafloser Vor- und Nachtat § 73 nicht anwenden will, diese Fälle als scheinbare Gesetzeskonkurrenz auffaßt.

Doch wenn wir fragen, ob es gerechtfertigt sein kann, trotz Handlungsmehrheit eine Verbrechenseinheit anzunehmen, so muß dies m. E. verneint werden. Es folgt dies aus dem Wesen der Handlungs-

---

[21]) Sauer, Grundlagen S. 481 u. 483.

[22]) Sauer a. a. O. S. 502.

[23]) Liszt, Lehrbuch S. 340; ähnlich Wachenfeld, Th. d. V. S. 84; Heinemann S. 61; Köhler, D. St. S. 556.

einheit. Mit Recht bekämpft Graf Dohna [24]) diesen Standpunkt Liszts damit, daß er betont:

„Handlung ist nichts anderes als eine unter einem bestimmten Zweckgesichtspunkt gedachte Einheit des Handelns. Ohne solchen Zweckgesichtspunkt ist die Abgrenzung einer Handlung von einer anderen völlig unmöglich."

Wenn wir nun fragen, was Liszt dazu führt, bei den Fällen strafloser Vor- und Nachtat Verbrecheneinheit anzunehmen, so kann die Antwort darauf nur lauten: die verschiedenen Tätigkeiten haben einen gemeinsamen Zweckgesichtspunkt, der es billig erscheinen läßt, sie zusammenzufassen. Tun wir dies aber, so können wir auch eine Handlungseinheit als gegeben ansehen.

Graf Dohna leugnet diesen Zweckgesichtspunkt, nimmt deshalb Handlungsmehrheit und daher auch Verbrechensmehrheit an. Doch läßt er schließlich trotzdem die Annahme einer Verbrecheneinheit unter dem Gesichtspunkte der Strafanwendung zu [25]). Hierzu fehlt es aber an jeglicher gesetzlichen Handhabe. Es wird dadurch vielmehr von Dohna ein Mittelding zwischen Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz konstruiert, indem einerseits die Anwendung des § 73 StGB. abgelehnt wird, weil keine Handlungseinheit vorliege, andererseits aber auch § 74 nicht zur Anwendung kommen soll, weil die Handlungen nicht selbständig seien. Darauf, daß ein solches Mittelding zu verwerfen ist, wurde bereits an anderer Stelle hingewiesen.

Aehnlich wie Dohna sucht Höpfner [26]) die Fälle strafloser Vor- und Nachtat zu lösen. Er sucht ganz bewußt ein Mittelding zwischen § 73 und § 74 StGB. zu konstruieren, wenn er sagt [27]):

„Den logischen Gegensatz von mehreren selbständigen Handlungen bilden aber mehrere unselbständige Handlungen; denkbar ist a priori, daß sich mehrere unselbständige Handlungen unter irgendeinem Gesichtspunkt als eine Handlung auffassen lassen; methodisch verfehlt aber ist es, a priori den Satz aufzustellen, daß mehrere unselbständige Handlungen eine und dieselbe Handlung seien, und dann in konkreto aus der Verneinung der Handlungseinheit die Selbständigkeit mehrerer Handlungen zu folgern."

Darauf, daß es vom logischen Standpunkte aus möglich ist, neben mehreren selbständigen und ein und derselben Handlung auch noch eine dritte Möglichkeit, nämlich mehrere unselbständige Handlungen, anzuerkennen, ist bereits hingewiesen worden; doch ist dabei betont worden, daß es offenbar der Sinn des Gesetzes ist, eine abschließende Regelung zu geben, und daß das Wort „selbständig" daher nur als Auslegungsmerkmal zu verwenden ist.

---

[24]) Graf Dohna in Aschrott-Liszt, Bd. 1 S. 407.
[25]) Graf Dohna a. a. O. S. 409.
[26]) Höpfner Bd. 2 S. 25.
[27]) Höpfner Bd. 2 S. 40.

Zusammenfassend können wir sagen: Die herrschende Lehre sucht teils die Fälle strafloser Vor- und Nachtat auf die Gesetzeskonkurrenz zurückzuführen, teils ein Mittelding zwischen Ideal- und Realkonkurrenz zu konstruieren. Beide Lösungsversuche sind jedoch unhaltbar.

III. Straflose Vor- und Nachtat auf der Grundlage der Handlungseinheit.

1. Die Grundlagen des Handlungsbegriffs.

Wir haben festgestellt, daß die herrschende Lehre und die Rechtsprechung des RG. keine stichhaltige Begründung für die Straflosigkeit der Vor- bzw. Nachtat gefunden haben und deshalb zu schwankenden und teilweise unrichtigen Ergebnissen kommen. Eine Begründung läßt sich, soweit es sich nicht um wirkliche Fälle der Gesetzeskonkurrenz handelt, m. E. nicht finden, wenn man von dem herrschenden Begriffe der Handlungseinheit ausgeht. Man muß sich dann der Ansicht [1]) anschließen, die Realkonkurrenz für vorliegend erachtet.

Doch die herrschende Lehre und die Rechtsprechung des RG haben das Richtige gefühlt, wenn sie die Annahme einer Realkonkurrenz in derartigen Fällen ablehnen. In der Tat besteht zwischen Haupthandlung und Vor- bzw. Nachhandlung ein innerer Zusammenhang, der es unbillig erscheinen läßt, mehrere selbständige Handlungen im Sinne von § 74 StGB. anzunehmen.

Um zu einer Lösung des Problems zu kommen, müssen wir untersuchen, in welchem Sinne „Handlung" in § 73 und § 74 StGB gebraucht ist. Legen wir uns zunächst die Frage vor, ob „Handlung" in den genannten Paragraphen dasselbe zu bedeuten hat wie „strafbare Handlung". Wenn dies der Fall ist, sind wir berechtigt, wie Binding [2]), davon auszugehen, daß eine Mehrheit von Delikten stets eine Mehrheit von Handlungen erfordert. Wir geben dann dem Begriffe „Handlung" einen besonderen Sinn, indem wir darunter nichts anderes als die Erfüllung eines Tatbestandes sehen. Klar bringt dies Binding durch die Sätze zum Ausdruck:

„Was außerhalb des Rechtes Handlung ist oder heißt, ist für dessen Bereich gleichgültig. Für sein Gebiet ist Handlung nichts anderes als die Verwirklichung eines rechtlich relevanten Willens;

---

[1]) Alberti, G. S. 76 S. 284.

[2]) Binding, Handbuch S. 565; vgl. auch Ortloff, Goltdammers Archiv 32 S. 415.

das Verbrechen ist Handlung als Selbstverwirklichung des verbrecherischen Entschlusses und Setzung des verbrecherischen Tatbestandes."

Aber in diesem Sinne läßt sich der Handlungsbegriff m. E. nicht auffassen. Das Recht darf nicht Begriffe mit einem lebensfremden Inhalte füllen. Es darf dem Rechte nicht gleichgültig sein, was außerhalb des Rechts Handlung ist oder heißt. Vielmehr redet der Gesetzgeber möglichst die Sprache des Lebens. Was dem natürlichen Gefühl als Handlung erscheint, das soll auch vom Rechte so angesehen werden.

Mit Recht wird deshalb im Schrifttum und in der Rechtsprechung [3]) häufig hervorgehoben, daß der Begriff „Handlung" in § 73 und § 74 StGB. im Sinne einer natürlichen Handlung gemeint ist, daß er nicht dasselbe bedeutet wie „strafbare Handlung".

Gerade die Ueberschrift über den § 73 ff. und der Wortlaut des § 73 geben uns hierfür einen bedeutsamen Anhaltspunkt. Es wird in der Ueberschrift von einem Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen gesprochen. Wenn dann im § 73 vom Vorliegen ein und derselben Handlung ausgegangen wird, so kann damit nicht dasselbe wie „strafbare Handlung" gemeint sein. Denn, wenn nur eine Handlung vorliegt, können nicht mehrere Handlungen zusammentreffen. Daraus ergibt sich klar, daß der Gesetzgeber unter strafbarer Handlung etwas ganz anderes versteht wie unter „Handlung" schlechthin.

Wenn man richtig vorgeht, muß man zunächst, bevor man feststellt, daß eine strafbare Handlung vorliegt, feststellen, ob eine Handlung vorliegt und was zu dieser Handlung gehört. So sagt Beling [4]) mit Recht:

„Noch bevor man die Frage aufwirft, ob die Tat ein „Diebstahl", ein „Mord" usw. sei, mit anderen Worten, bevor man ihre Bedeutung prüft, ist die Frage selbständig zu erledigen, ob überhaupt eine „Handlung" vorliege. Damit ist bewiesen, daß die Feststellung getroffen werden muß ohne Berücksichtigung der Frage, ob die Handlung unter einen der strafgesetzlichen Tatbestände fällt, geschweige denn der Frage, unter welchen von ihnen sie fällt."

Wir haben also festgestellt, daß der Begriff der Handlung zunächst unabhängig von strafrechtlichen Tatbeständen einer Untersuchung unterworfen werden muß.

Wenn wir uns nun die Frage vorlegen, was man unter Handlung verstehen soll, so werden wir auf die verschiedensten Auffassungen stoßen.

Anerkannt wird wohl übereinstimmend [5]), daß zum Begriffe der Handlung in erster Linie ein Tätigsein, d. h. ein körperliches Ver-

---

[3]) Olshausen § 73 Nr. 1; Hiller, G. S. 32 S. 210; Ortmann, Goltdammers Archiv 35 S. 30; Bünger, Z. f. St. W. 8 S. 587; Geyer, Grundriß Bd. 1 S. 185; E. 42 S. 394; 44 S. 30; 49 S. 273; 52 S. 288 u. S. 300.

[4]) Beling, L. v. V. S. 13.

[5]) vgl. besonders Beling a. a. O. S. 9; Köhler, Grenzlinien S. 12; Höpfner Bd. 1 S. 119.

halten gehört. Daran vermag auch die Behauptung Liepmanns [6]) nichts zu ändern, daß die Geisteswissenschaft unter Handlungen etwas anderes als Muskelinervationen verstehe. Mag auch die Geisteswissenschaft, wenn sie von den Handlungen eines Reformators oder Eroberers spricht, damit etwas anderes meinen, obgleich auch in diesem Zusammenhange die körperliche Tätigkeit Grundlage, wenn auch nicht einzige Grundlage, der Handlungen bildet, so beweist dies noch keineswegs, daß ein derartig wissenschaftlicher Handlungsbegriff stets, insbesondere für § 73 StGB. zu verwenden ist.

Es wird ferner von der herrschenden Lehre [7]) anerkannt, daß nur eine gewollte Tätigkeit als Handeln in Betracht zu ziehen ist. Alle unwillkürlichen Bewegungen scheiden deshalb aus. Sie können niemals für sich allein zur Grundlage eines Verbrechens gemacht werden, sondern höchstens in Verbindung mit gewollten Tätigkeitsakten, etwa weil der Täter durch eine gewollte Tätigkeit einen Zustand herbeigeführt hat, indem er unwillkürliche Tätigkeitsakte vornahm. Dann aber sind für die Handlung wesentlich nur die gewollten Tätigkeitsakte. Bestritten ist nun, ob man von dieser Grundlage ausgehend eine Unterlassung auch als Handlung ansehen kann. Die herrschende Lehre tut dieses, während Radbruch und Graf Dohna [8]) Handlung und Unterlassung als Gegensätze auffassen und den Satz aufstellen: Verbrechen ist nicht notwendige Handlung, sondern Handlung oder Unterlassung.

Diese Behauptung enthält insofern etwas Richtiges, als wir eine positive Handlung allerdings nach anderen Gesichtspunkten beurteilen müssen als ein Unterlassen. Indessen lassen sich beide Begriffe einem höheren Handlungsbegriff unterordnen. Daß dies möglich ist, dafür spricht m. E. die Ausdrucksweise des Gesetzes, daß, namentlich in der Konkurrenzlehre, niemals von Unterlassung, sondern stets nur von Handlungen redet. Offenbar will das Gesetz unter Handlungen auch Unterlassungen mitverstehen.

Andererseits muß Radbruch und Graf Dohna insofern recht gegeben werden, als das natürliche Sprachgefühl häufig zwischen Handlung und Unterlassung einen Gegensatz sieht. Wenn wir daher jetzt weiter feststellen wollen, was als eine Handlung auf Grund natürlicher Betrachtungsweise anzusehen ist, so müssen wir die Handlung von der Unterlassung loslösen und in einem engeren Sinne auffassen. Nur unter einen weiteren Handlungsbegriff gehört auch die Unterlassung.

Wenn wir allerdings glauben, den Begriff der Handlung als gewollte Tätigkeit erschöpfend aufgefaßt zu haben, so kann es uns keine Schwierigkeiten bereiten, unter diesen Handlungsbegriff auch

---

[6]) Liepmann, Einl. i. d. Strafrecht S. 24.

[7]) Wachenfeld, Lehrb. S. 81; Mayer, Deutsches Strafrecht S. 103, Finger, Lehrb. S. 272.

[8]) Radbruch, Handlungsbegriff S. 73 ff.; Graf Dohna, Z. f. St. W. 27 S. 329. Ebenso Finger, Lehrbuch S. 273

die Unterlassung unterzuordnen [9]). Mit Recht sagt Beling, daß auch derjenige, der etwas unterläßt, ein gewolltes Verhalten ausübt, und insofern läßt sich die Unterlassung unschwer seinem Handlungsbegriff unterordnen.

Köhler [10]) gibt zwar zu, daß es neben diesem Handlungsbegriff, der unter Handlung nur die gewollte Tätigkeit ohne Rücksicht auf Erfolg und Absicht versteht, auch noch andere Begriffsbestimmungen für eine Handlung gibt, behauptet aber, daß in § 73 StGB. die genannte Begriffsbestimmung zugrunde gelegt sei.

Aber ein derartiger Handlungsbegriff, der die Handlung gänzlich von jeglicher Willensrichtung loslösen will, setzt Handlung und Handeln gleich. Jede gewollte Tätigkeit können wir als Handeln bezeichnen. Ein derartiges Handeln ist aber etwas Unbegrenztes, wie etwa die Begriffe „Zeit" oder „Entfernung". Der Mensch handelt sein ganzes Leben über. Es lassen sich in diesem Handeln nicht ohne weiteres Grenzstriche ziehen, die das Ende eines Handelns und den Anfang eines neuen Handelns erkennen lassen. Wohl spricht man von verschiedenen Tätigkeitsakten, ohne aber doch mit irgendeiner Bestimmtheit sagen zu können, wann ein Tätigkeitsakt aufhört, wann ein neuer anfängt, wieviel Handeln zu einem Tätigkeitsakt gehört. Selbst, wenn man aber glaubt, man könnte jeden einzelnen Tätigkeitsakt aus der Gesamtheit des Handelns herausschälen, wird man Handlung und Tätigkeitsakt doch nicht gleichsetzen. Der Begriff der Handlung kann deshalb zumindestens nicht in § 73 StGB. in diesem Sinne gemeint sein, wie sich klar daraus ergibt, daß häufig verschiedene Tätigkeitsakte notwendig sind, um einen Deliktstatbestand zu verwirklichen. Selbst, wenn wir also glaubten, wir könnten aus dem großen Flusse des Handelns einen bestimmten Teil herausschöpfen und sagen: dieser Teil ist ein Tätigkeitsakt, so müßten wir trotzdem mehrere Tätigkeitsakte nach irgendeinem Gesichtspunkt zu einer Handlung zusammenfassen.

Was berechtigt uns nun, aus dem Flusse des Handelns einen Teil abzuzweigen und unter einem einheitlichen Gesichtspunkte zu einer Handlung zusammenzufassen? Oder sollen wir jeglichen Unterschied zwischen Handlung und Handeln leugnen? Dieses tun wir, wenn wir die Handlung als gewolltes Verhalten definieren [11]). Aber wenn wir dieses tun, so können wir niemals von einer Handlung im Gegensatze zu mehreren selbständigen Handlungen sprechen. Wir können dann nur die sog. Identität des Handelns zur Grundlage des § 73 StGB. machen und davon ausgehend sagen: bei § 73 muß Identität des Handelns vorliegen [12]), bei § 74 darf keine Identität des Handelns vorliegen. Wir müssen dann also prüfen, ob dieselben Tätigkeitsakte.

---

[9]) So Beling a. a. O. S. 8 ff.
[10]) Köhler, Grenzlinien S. 13.
[11]) so Beling a. a. O. S. 8 ff.
[12]) so Baumgarten S. 13; E. 32 S. 137.

die den einen Tatbestand verwirklichen, auch ganz oder wenigstens teilweise den anderen Tatbestand verwirklichen. Jenachdem liegt eine Handlung oder mehrere Handlungen vor.

Zu diesem Ergebnis kommt denn auch Beling[13]), der sagt:

„Die sogenannte Handlungseinheit ist gar keine Verleugnung der Mehrheit von Handlungen, sondern nur die Bejahung eines tatbestandlichen Ganzen", und darum fordert er[14]) als erste Voraussetzung für die Bildung einer Handlungseinheit die Identität des Typus, dem sie subsumiert werden soll.

Dieser Standpunkt ist jedoch vom Gesetzgeber nicht eingenommen. Das Gesetz bringt durch den Wortlaut der §§ 73 und 74 klar zum Ausdruck, daß er einen bestimmten Handlungsbegriff kennt. Es heißt nicht in § 73 „ein und dasselbe Handeln" und in § 74 „verschiedenes Handeln", vielmehr wird von „ein und derselben Handlung" und mehreren selbständigen Handlungen" gesprochen. Die Handlung wird daher als etwas Abgeschlossenes angesehen, nicht als etwas Unbegrenztes wie das Handeln. Aus dem Flusse des Handelns muß ein Teil herausgegriffen und als Handlung zusammengefaßt werden. Nur so lassen sich § 73 und § 74 StGB. deuten. Wer daher Handeln und Handlung gleichsetzt, der kann niemals von einer Handlung im Gegensatze zu mehreren Handlungen sprechen, wie dies das Gesetz tut.

Wir dürfen deshalb nicht davon ausgehen, daß es unmöglich sei, einen Begriff der Handlungseinheit aufzustellen. Wir müßten sonst zu der Folgerung Fingers[15]) kommen:

„Ist die Behauptung richtig, daß es unmöglich ist, die Kriterien zu finden, nach denen sich eine Reihe von Veränderungen, die von einzelnen Menschen ausgehen, in unter dem Namen von einzelnen Handlungen zusammengefaßte Teile unterscheiden läßt, dann steht fest, daß die §§ 73 und 74 StGB. von unhaltbaren Voraussetzungen ausgehen und daß eine wissenschaftliche Auslegung dieser Bestimmungen kein befriedigendes Ergebnis haben kann."

Daraus ergibt sich, daß die Behauptung, man könne unmöglich einen Begriff der Handlungseinheit aufstellen, zum mindesten vom Standpunkt des Gesetzgebers nicht gebilligt wird. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß man einen Begriff der Handlungseinheit aufstellen kann. Wir müssen deshalb einen solchen Begriff aufstellen, auch wenn man vielleicht vom Standpunkte abstrakter Wissenschaft dagegen Einwände erheben kann.

Diese Auffassung entspricht auch der natürlichen Betrachtungsweise des Lebens. Eine natürliche Betrachtungsweise wird stets unter einer Handlung etwas in sich Abgeschlossenes, einen abgerundeten Teil des Handelns erblicken.

---

[13]) Beling a. a. O. S. 340.

[14]) Beling a. a. O. S. 341.

[15]) Finger, Lehrbuch S. 369.

Soweit Identität des Handelns vorliegt, braucht allerdings nicht nach einem Begriffe der Handlungseinheit gesucht zu werden; es liegt dann stets Handlungseinheit vor, da ja das Handeln zur Handlung gehört. Doch darf man nicht behaupten, daß nur, wenn Identität des Handelns gegeben ist, eine Handlungseinheit vorliegt. Vielmehr kann auch, wie im folgenden näher begründet werden soll, und wie sich daraus ergibt, daß der Begriff Handlung sich nicht mit dem Begriff Handeln deckt, trotz mangelnder Identität des Handelns Handlungseinheit gegeben sein.

Da wir zunächst festgestellt haben, daß bei Identität des Handelns Handlungseinheit auf jeden Fall gegeben ist, können wir die Ansicht Buris [16]) zurückweisen, der die Einheit der Handlung von der Einheit und Mehrheit der Kausalitäten abhängig macht. Buri will Realkonkurrenz wegen der Mehrheit der Kausalitäten annehmen, wenn jemand durch einen Schuß zwei Menschen tötet. Aber er verkennt, daß wegen der Identität des Handelns unter allen Umständen Handlungseinheit vorliegen muß, und daß aus diesem Grunde § 73 StGB. Anwendung findet. In § 73 ist nicht davon die Rede, daß durch eine Kausalität mehrere Strafgesetze verletzt werden; wäre der § 73 so gefaßt, so könnte man Buri vielleicht zustimmen. Da aber in § 73 Einheit der Handlung gefordert ist, so ist Buris Ansicht mit Recht von der herrschenden Meinung [17]) abgelehnt.

2. Handlung als erfolgbezogenes Handeln.

Wie wir festgestellt haben, müssen wir nach irgendwelchen Gesichtspunkten einen Ausschnitt des Handelns als Handlung zusammenfassen. Als Gesichtspunkt hierfür kann aber nur der Zweck des Handelns, der Erfolg, dienen. Jedes Handeln muß, da es gewollte Tätigkeit ist, irgendwelchen Zwecken dienen [1]). Es ist das Verdienst Büngers, darauf mit Entschiedenheit hingewiesen zu haben. Und so können wir uns seinen Worten anschließen [2]):

„Der Begriff der Handlung besteht aus den beiden Elementen: a) dem Handeln und b) der einheitlichen Beziehung dieses Handelns auf einen Erfolg.“

---

[16]) Von Buri, Einheit und Mehrheit des Verbrechens S. 2 ff.; ähnlich John, D. L. v. f. V. S. 132 und Goltdammers Archiv 3 S. 626.

[17]) vgl. Olshausen § 73 Nr. 2; Schütze, Z. f. St. W. 3 S. 64; Berner, Lehrbuch S. 287; Heinemann S. 66; Hiller, G. S. 32 S. 200 ff.; Hälschner, D. g. St. 1 S. 657 Anm. 1; Ortmann, Goltdammers Archiv 35 S. 33; Bünger, Z. f. St. W. 8 S. 698 ff.; Binding, Handbuch 1 S. 579; Stelling, G. S. 42 S. 125; Hecker, Militärstrafrecht S. 140.

[1]) vgl. Hälschner, G. S. 30 S. 58 und 59.

[2]) Bünger, Z. f. St. W. 8 S. 568.

Mit Recht sagt aber Bünger weiter [3]):

„Ein und dasselbe Handeln erscheint, je nachdem man es mit diesem oder jenem seiner Erfolge in Beziehung bringt, als ganz verschiedene Handlung. Wenn z. B. jemand einen ihn angreifenden Feind erschießt, erscheint sein Handeln in Hinsicht auf den nächsten Erfolg — das Fliegen der geschossenen Kugel — als Schießen, in Hinsicht auf das Eindringen der Kugel in den Leib des Gegners als Körperverletzung, in Hinsicht auf den tödlichen Verlauf dieser Verletzung als Tötung, in Hinsicht auf die Erhaltung des eigenen Lebens als Verteidigung usf." —

Angesichts der Möglichkeit, dasselbe Handeln zu den verschiedensten Erfolgen in Beziehung zu setzen, und je nachdem eine ganz verschiedene Handlung vor sich zu sehen, erscheint es in der Tat schwierig, einen brauchbaren Handlungsbegriff zu finden. Wir gingen davon aus, daß wir die Handlung auf Grund natürlicher Betrachtungsweise bestimmen wollten, und nun sehen wir, daß es sehr viele Betrachtungsweisen gibt, die es gestatten, dasselbe Handeln in verschiedenster Weise zur Handlung zusammenzufassen; und wir können auch nicht ohne weiteres sagen, daß nur einer dieser verschiedenen möglichen Handlungsbegriffe der natürlichen Betrachtungsweise entspricht.

Trotzdem ist es notwendig, einen Erfolg als ausschlaggebend für den Handlungsbegriff anzusehen, wenn wir einen bestimmten Handlungsbegriff finden wollen.

Graf Dohna [4]), der bis hierhin derselben Ansicht ist, sagt weiter.

„Es gibt für den Kriminalisten keinen anderen denkbaren Abschluß einer Handlungsreihe als die Verwirklichung eines deliktischen Tatbestandes."

Wenn wir uns dieser Ansicht anschließen, kommen wir doch schließlich wieder zu der im Anfang bekämpften Ansicht, daß Handlung im Sinne von § 73 ff. des StGB. nichts anderes sei als Tatbestandsverwirklichung. Wir kommen zu dieser Ansicht dann allerdings nicht, wie Binding, dadurch, daß wir einfach Handlung und strafbare Handlung gleichsetzen, sondern wir kommen zu diesem Ergebnis dadurch, daß wir zunächst die Handlung von einem allgemeinen Gesichtspunkte betrachten und nur, soweit der Erfolg in Frage steht, einen rechtlichen Gesichtspunkt hineinnehmen.

Diese Ansicht ist m. E. eben deshalb nicht zutreffend, weil sie als Handlungszweck die Verwirklichung eines deliktischen Tatbestandes, also eines rechtlichen Begriffes, annimmt. Die natürliche Handlung muß aber möglichst losgelöst werden von rein rechtlichen Begriffen. Daß dieses vielleicht nicht in jeder Beziehung möglich ist, darf uns nicht hindern, es doch nach Möglichkeit zu tun.

---

[3]) a. a. O. S. 569.

[4]) Graf Dohna in Aschrott-Liszt 1 S. 407; ferner Z. f. St. W. 27 S. 340.

Der deliktische Tatbestand ist mehr oder weniger willkürlich vom Gesetzgeber geformt. Es soll allerdings der deliktische Tatbestand so geformt sein, daß das, was einer natürlichen Betrachtungsweise als Handlung erscheint, auch gerade einem deliktischen Tatbestande unterzuordnen ist. Daß dies aber bei der Manigfaltigkeit des Lebens nicht möglich und selbstverständlich auch nach geltendem Rechte nicht der Fall ist, darüber brauchen nicht viele Worte verloren zu werden.

Aus diesem Grunde scheint mir die Verwirklichung des deliktischen Tatbestandes ein ungeeigneter Maßstab für den Handlungsbegriff zu sein.

Näher kommt m. E. Bünger [5]) der Lösung des Problems, wenn er weiter sagt:

„Zweck des Strafrechtes ist Rechtsgüterschutz durch Bestrafung der Rechtsgüterverletzungen und Rechtsgütergefährdungen. Der einheitliche Gesichtspunkt, von dem aus das menschliche Handeln im strafrechtlichen Sinne als Handlungseinheit erscheint, kann sich daher nur aus dem Hinblick auf diesen Zweck ergeben."

Trotzdem kommt auch Bünger in ein falsches Fahrwasser, weil er die Begriffe Rechtsgüterverletzung und -gefährdung zu eng faßt. Bünger nimmt an, daß nur das Handeln, das gegen e i n Rechtsgut gerichtet ist, e i n e Handlung bilde, und kommt deshalb dazu, bei den zusammengesetzten Delikten, z. B. beim Raube, mehrere Handlungseinheiten für vorliegend zu erachten [6]). Dies entspricht jedoch weder der natürlichen Auffassung noch der Auffassung des Gesetzes. Die natürliche Auffassung wird einen Raub als eine Handlung ansehen; und das Gesetz nimmt zum mindesten da, wo es selbst durch Fassung eines Tatbestandes ein Handeln zusammenfaßt, nicht Handlungsmehrheit an, sondern bringt klar zum Ausdruck, daß dort das Handeln im Hinblick auf den Handlungszweck zusammengefaßt werden soll. Dies ist beim Raube der Fall. Der Raub setzt sich aus Diebstahl und Nötigung zusammen; im Hinblick auf den gemeinsamen Zweckgesichtspunkt erblickt sowohl die natürliche Auffassung wie das Gesetz in Diebstahl und Nötigung eine Handlungseinheit, die als Raub bezeichnet wird. Diesen gemeinsamen Zweckgesichtspunkt möchte ich als rechtswidrigen Erfolg bezeichnen. Nötigung und Diebstahl dienen beim Raube demselben rechtswidrigen Erfolge, der darin besteht, daß der Täter sich fremdes Vermögen verschafft. Während nun beim Raube diese natürliche Handlungseinheit nur e i n e n gesetzlichen Tatbestand erfüllt, die anderen Tatbestände durch Gesetzeskonkurrenz ausgeschlossen sind, gibt es viele Fälle, in denen das Handeln zwar auch einem rechtswidrigen Erfolge dient, trotzdem aber mehrere gesetzliche Tatbestände erfüllt. In allen diesen Fällen werden durch ein und dieselbe natürliche Handlung mehrere Strafgesetze verletzt und es liegt deshalb Idealkonkurrenz vor.

---

[5]) a. a. O. S. 665.

[6]) Bünger a. a. O. S. 87: ähnlich Mayer, D. Str. S. 122.

Alles Handeln, was demselben rechtswidrigen Erfolge dient, bildet also eine natürliche Handlungseinheit [7]).

Insofern muß allerdings auch ein rechtlicher Begriff zur Bestimmung der natürlichen Handlung verwendet werden. Aber es ist dies kein rein rechtlicher Begriff, sondern ein Begriff, der von gesetzlichen Einzelbestimmungen und Einzeltatbeständen möglichst losgelöst ist, und es entspricht ein solcher allgemeiner Begriff zweifellos mehr der natürlichen Betrachtungsweise, als ein Erfolgsbegriff, der sich auf die Verwirklichung eines einzelnen Tatbestandes stets beschränkt. Ein solcher rechtswidriger Erfolg greift unter Umständen über einen einzelnen Tatbestand hinaus, und dies ist bei der Begrenztheit der gesetzlichen Tatbestände notwendig.

Wir wollen dies durch Gegenüberstellung zweier Beispiele uns klar machen. Das erste Beispiel soll zeigen, daß ein Handeln, das zur Erreichung eines rechtswidrigen Erfolges dient, unter Umständen trotz Anwendung verschiedener Mittel rein tatbestandlich nur ein Delikt ist, weil der gesetzliche Tatbestand das gesamte Handeln umfaßt und deshalb die Verwirklichung des rechtswidrigen Erfolges mit der Verwirklichung des gesetzliches Tatbestandes zusammenfällt. Das zweite Beispiel soll demgegenüber zeigen, daß ein Handeln, das ebenfalls zur Erreichung eines rechtswidrigen Erfolges dient und bei dem ebenfalls verschiedene Mittel angewandt werden, mehrere gesetzliche Tatbestände erfüllt. In beiden Fällen ist die Tätigkeit gleich geartet und beide Fälle erscheinen m. E. der natürlichen Betrachtungsweise als je eine Handlung.

Der erste Fall ist gegeben, wenn jemand, um einen anderen zu töten, ihm zunächst ein Gift gibt, und als der andere davon nur erkrankt, ihn zu erschießen sucht, als aber die Kugel den anderen nur verwundet, ihn schließlich ersticht. Das gesamte Tun ist hier auf die Verwirklichung eines rechtswidrigen Erfolges, nämlich des Todes des anderen, gerichtet. Da aber die Verwirklichung dieses rechtswidrigen Erfolges sich mit der Erfüllung des Tatbestandes des § 211 StGB. deckt, so liegt zweifellos nur eine Handlung vor.

Demgegenüber das zweite Beispiel: Jemand will einen anderen um eine bestimmte Geldsumme bringen, die dieser durch die Post zugeschickt bekommt. Er spiegelt zu diesem Zwecke dem Postboten vor, er sei der Empfänger, läßt sich das Geld auszahlen, quittiert mit falschem Namen, schreibt an den Absender ein Bestätigungsschreiben, das er mit falschem Namen unterschreibt und wozu er dem Empfänger einen Geschäftsbriefbogen entwendet hat. Dann begeht er tatsächlich zwei Urkundenfälschungen, einen Betrug und einen Diebstahl. Trotzdem muß man sein Handeln unter dem Gesichtspunkte der Verwirklichung eines einzigen rechtswidrigen Erfolges

[7]) Dieser Gesichtspunkt findet sich bereits bei älteren Schriftstellern angedeutet; vgl. Schroeter, Handbuch § 154; Bisini, Beiträge 3 S. 42.

zusammenfassen. Genau so wie im vorhergehenden Beispiele. Es entspricht dies entschieden der Auffassung des Lebens. Die herrschende Lehre muß, da außer dem Betruge sämtliche Deliktstatbestände durch verschiedenes Handeln erfüllt werden, Realkonkurrenz zwischen den verschiedenen Delikten annehmen. Die hier vertretene Auffassung faßt das gesamte Handeln zu einer Handlung unter einem Zweckgesichtspunkte zusammen.

Daß eine derartige Form des Handlungsbegriffes dem Rechtsgefühle mehr entspricht als die herrschende hier bekämpfte Ansicht, die eine Identität des Handelns fordert, das muß auch ein Gegner der hier vertretenen Ansicht, wie Honig [8]), zugeben. Honig hält trotzdem an der Ansicht fest, die Identität des Handelns zur Handlungseinheit fordert und die durch die Formel des Reichsgerichts in Entscheidung 32 S. 137 besonderen Ausdruck gefunden hat: Für die Handlungseinheit des § 73 ist erforderlich, „daß die Willensbetätigungsakte, durch welche der Tatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wird, wenn nicht vollständig, so doch zu einem Teil dergestalt zusammenfallen, daß mindestens ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Tatbestandes beider Delikte mitwirkt“.

Diese Formel führt zwar, wie Honig [9]) zugibt, zu rechtspolitisch weniger befriedigenden Ergebnissen, als eine natürliche Betrachtungsweise, „die nicht zuletzt kraft ihrer Uebereinstimmung mit dem Rechtsgefühl als natürlich erscheint“ [10]). Aber Honig zieht trotzdem den durch die Formel gegebenen Handlungsbegriff vor, weil dieser zu dogmatisch sicheren Ergebnissen führe.

Einer solchen Ansicht kann m. E. nicht beigetreten werden. Höher als das dogmatisch sichere Ergebnis muß die Idee der Gerechtigkeit stehen. Daß aber auch die Anwendung der Formel nicht immer zu dogmatisch sicheren Ergebnissen führt, das ergibt sich aus verschiedenen, von Honig angeführten Entscheidungen des RG.

Betrachten wir z. B. Entscheidung 13 S. 399 [11]): Die Eheleute H., die dem Schiffsbaumeister C. einen Kahn zur Reparatur gegeben hatten, waren nach vollendeter Reparatur mit ihm über die Angemessenheit des von ihm verlangten Preises in Streit geraten. C. hatte den Kahn festgehalten, da er ihn vor der Bezahlung nicht herausgeben wollte, Frau H. ihn daraufhin mit einem Stück Holz auf die Hand geschlagen, so daß er infolgedessen den Kahn losließ, den nunmehr die Eheleute ins Wasser schoben.

Es erscheint für diesen Fall sehr zweifelhaft, ob man bei Anwendung der Formel Körperverletzung und Pfandkehrung in Ideal-

---

[8]) Honig, Studien S. 42 und 57.

[9]) a. a. O. S. 42.

[10]) a. a. O. S. 57.

[11]) Siehe Honig, Studien S. 22.

oder Realkonkurrenz annehmen soll. Man kann sich ebensogut auf den Standpunkt stellen, daß Körperverletzung und Pfandkehrung durch verschiedenes Handeln zur Ausführung komme, wie auf den Standpunkt, daß der Schlag, der die Körperverletzung zur Ausführung bringt, gleichzeitig eine Beeinträchtigung des Gewahrsams des C. an dem Kahn und somit einen Anfang der Ausführung des „Wegnehmens“ enthält. Beide Auffassungen haben eine gewisse Berechtigung für sich, und es ist daher unrichtig, zu behaupten, daß die Anwendung der reichsgerichtlichen Formel unbedingt zu dogmatisch sicheren Ergebnissen führen müsse.

Vom hier vertretenen Standpunkte aus liegt zweifellos in dem der erwähnten Entscheidung zugrunde liegenden Falle nur eine Handlung vor.

Es ist allerdings richtig, daß man häufig darüber im Zweifel sein kann, was man als einen rechtswidrigen Erfolg ansehen soll, und welches Handeln man demgemäß zu einer Handlungseinheit zusammenfassen muß. Wenn man sich hier nur auf das natürliche Rechtsgefühl verlassen will, kann man gelegentlich zu verschiedenen Auffassungen kommen. Eine unbedingt und für alle Fälle maßgebende Definition des Begriffes des rechtlichen Erfolges läßt sich jedoch kaum geben. Es ist dies ja im Leben und im Rechte häufig so, z. B. beim sogenannten fortgesetzten Delikt, dessen Behandlung auf ähnlichen Erwägungen beruht.

Immerhin muß man natürlich im Interesse der Rechtssicherheit bestimmte Gesichtspunkte aufstellen, nach denen im allgemeinen zu beurteilen ist, wann verschiedenes Handeln ein und demselben rechtswidrigen Erfolge dient.

Solche Gesichtspunkte ergeben sich besonders für alle Delikte, die vom Gesetzgeber als Absichtsdelikte formuliert sind.

Hier zeigt sich deutlich, daß die Verwirklichung des Deliktstatbestandes nur die Erreichung eines Zwischenstadiums ist, und daß sogar der Gesetzgeber davon ausgeht, daß nach Verwirklichung des Deliktstatbestandes der Endzweck des Handelns noch nicht erreicht ist. Für alle Absichtsdelikte muß der rechtswidrige Erfolg, zu dem das Handeln in Beziehung steht, über die Tatbestandsverwirklichung des Absichtsdeliktes hinausgehen. Aus diesem Grunde sind die sog. Verwertungshandlungen, die von der herrschenden Lehre teils als straflose Nachtaten, teils als selbständige Handlungen angesehen werden, stets mit dem vorhergegangenen Delikte zu einer Handlungseinheit zusammenzufassen.

Ebenso aber stehen auch alle Sicherungshandlungen, die den durch ein Delikt erstrebten Erfolg dem Täter sichern sollen, mit diesem Delikte in Handlungseinheit. Es beruht dies darauf, daß ein rechtswidriger Erfolg im allgemeinen etwas Dauerndes erstrebt: der Dieb will die gestohlene Sache nicht nur für kurze Zeit, sondern für die Dauer wegnehmen. Während aber der Tatbestand des Diebstahls bereits mit der Wegnahme verwirklicht ist, sind oft spätere Tätig-

keitsakte, die neue Deliktstatbestände verletzen können, notwendig, um den rechtswidrigen Erfolg für die Zukunft aufrecht erhalten zu können. Diese Tätigkeitsakte dienen demselben rechtswidrigen Erfolge und sind deshalb derselben Handlungseinheit unterzuordnen

Eine derartige Betrachtungsweise ermöglicht es uns, die Sicherungs- und Verwertungshandlungen ohne Rücksicht darauf, ob sie ein schwereres oder leichteres Delikt als die Haupttat verletzen, mit der Haupttat zusammenzufassen. Die herrschende Lehre, die, wie wir oben gesehen haben, davon ausging, daß der Rechtsgüterschutz der Haupttat den Rechtsgüterschutz der Nachtat umfassen müsse, kam hier zu Schwierigkeiten. Sie mußte deshalb diese Verwertungs- und Sicherungshandlungen bald als unselbständige bald als selbständige Handlungen ansehen. Dagegen liegt vom hier vertretenen Standpunkte aus stets Handlungseinheit vor; es kommt deshalb § 73 StGB. zur Anwendung. Ist daher das durch die Verwertungs- bzw. Sicherungshandlung verwirklichte Delikt schwerer als das Vordelikt so wird die Strafe aus dem Tatbestande des Verwertungs- bzw Sicherungsdeliktes entnommen.

Eine Handlungseinheit muß ferner dann angenommen werden, wenn ein Verbrechen als Mittel zur Ausführung eines anderen Verbrechens dient. Hier zeigt sich noch klarer als bei den Verwertungs- und Sicherungshandlungen, daß das Ziel des Handelns beider Verbrechen auf denselben rechtswidrigen Erfolg gerichtet ist, der erst nach Verwirklichung des zweiten Tatbestandes erreicht wird. Häufig ist der durch Verwirklichung des Mittelsverbrechens erreichte Zustand so geartet, daß man darin unmöglich das Endziel des verbrecherischen Tuns erblicken kann, ja, daß die Verwirklichung dieses Durchgangszustandes für sich allein sinnlos erscheint und nur im Hinblick auf eine spätere Verwirklichung des Zweckverbrechens einen Sinn hat. Wo dies kraft der inneren Beziehung zwischen zwei gesetzlichen Tatbeständen stets der Fall ist, da liegt, wie wir bei der Besprechung der Honigschen Ansicht im 2. Abschnitte der Arbeit festgestellt haben, ein Fall der Gesetzeskonkurrenz vor, und zwar der Subsidiarität

Aber auch, wenn in sonstigen Fällen die Verwirklichung eines Verbrechentatbestandes nur das Mittel zur Verwirklichung eines anderen Tatbestandes ist, muß stets Handlungseinheit angenommen werden. Auch, wenn die Verwirklichung des Mittelsverbrechens für sich allein nicht ohne weiteres sinnlos erscheint, und wenn man den dadurch herbeigeführten Zustand schon als eine Art rechtswidrigen Erfolg ansehen kann, auch dann muß das Mittelsverbrechen bei späterer Verwirklichung des Zweckverbrechens mit diesem zu einer Handlungseinheit zusammengefaßt werden.

Dies ergibt sich eben daraus, daß beide Verbrechen zur Erreichung des rechtswidrigen Enderfolges dienen, und daß das Handeln zu diesem Enderfolge in Beziehung gesetzt werden muß.

In einzelnen derartigen Fällen wird Handlungseinheit auch von der herrschenden Lehre und vom RG. angenommen. Doch wird dies meist nur auf die Fälle beschränkt, in denen kraft der notwendigen Beziehung zwischen den gesetzlichen Tatbeständen Gesetzeskonkurrenz vorliegt. Daß auch das RG. gelegentlich in derartigen Fällen Handlungseinheit angenommen hat, darauf ist bereits im vorhergehenden Abschnitt hingewiesen worden.

So hat das RG. in Entscheidung 11 S. 355 Handlungseinheit für das fälschliche Anfertigen und betrügerische Verkaufen von Lebensmitteln angenommen und daher Idealkonkurrenz zwischen § 263 StGB. und § 10 Nr. 1 des Nahrungsmittelgesetzes für gegeben erachtet. Es hat in dieser Entscheidung allerdings abgelehnt, stets Handelseinheit anzunehmen, wenn ein Verbrechen als Mittel zur Verwirklichung eines anderen Verbrechens dient, hat vielmehr Handlungseinheit auf die Fälle beschränkt, in denen „die frühere Tätigkeit den durch die Natur der Sache notwendig gemachten ersten Schritt zur Realisierung der Absicht der Gesamthandlung bildet, und wenn zugleich die verschiedenen Einzelakte gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet sind".

Es fragt sich, ob es gerechtfertigt ist, eine derartige Einschränkung zu machen. Daß die frühere Tätigkeit den durch die Natur der Sache notwendig gemachten ersten Schritt zur Realisierung der Absicht der Gesamthandlung bildet, läßt sich m. E. für den vom RG. in Entscheidung 11 S. 355 behandelten Fall nicht ohne weiteres sagen. Es hängt dies davon ab, ob wir die Gesamthandlung abstrakt oder konkret betrachten. Wenn wir eine abstrakte Betrachtungsweise anwenden, so stellt sich die Gesamthandlung als Betrug dar. Daß aber ein Betrug auch durch andere Mittel, als durch eine Nahrungsmittelfälschung, verübt werden kann, ist ohne weiteres klar. Wenn wir eine konkrete Betrachtungsweise anwenden, so stellt sich die Handlung als ein Betrug mittels vorher gefälschter Nahrungsmittel dar. Daß dann die Nahrungsmittelfälschung nach der Natur der Sache zur Ausführung der Gesamthandlung notwendig war, ist richtig. Wenn wir nun diesem Falle den in derselben Entscheidung vom RG. bekämpften Fall gegenüberstellen, daß jemand einen Revolver stiehlt, um damit einen Mord auszuführen, so ergibt sich auch hier, daß von der abstrakten Betrachtungsweise aus der Diebstahl des Revolvers nicht ein durch die Natur der Sache notwendiges Mittel zur Ausführung des Mordes ist, von der konkreten Betrachtungsweise aus dies jedoch der Fall ist, da wir dann einen Mord mit einem gestohlenen Revolver als Ausführung der Gesamthandlung anzusehen haben.

Dies Merkmal kann also für die Feststellung der Handlungseinheit nicht entscheidend sein.

Aber auch darauf kann es nicht ankommen, ob die verschiedenen Einzelakte gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet sind. Es erscheint zu=

nächst sehr zweifelhaft, was man unter der Identität des Rechtsgutes zu verstehen hat; aus diesem Grunde ist es auch zweifelhaft, ob wir beim Verfälschen von Nahrungsmitteln dasselbe Rechtsgut verletzen wie beim betrügerischen Verkaufen. Durch die erstere Strafvorschrift soll vor allem die Gesundheit geschützt werden, durch die Betrugsvorschrift wird dagegen das Vermögen geschützt.

Häufig hat jedoch der Gesetzgeber verschiedene Tätigkeitsakte, die zweifellos als Einzelakte gegen verschiedene Rechtsgüter gerichtet sind, durch Formulierung eines Tatbestandes zur Handlungseinheit zusammengefaßt. So werden in § 268 StGB. das Fälschen einer Urkunde und das betrügerische Gebrauchmachen zusammengefaßt, beides Tätigkeiten, die sich gegen verschiedene Rechtsgüter richten. In § 249 werden Nötigung und Diebstahl zusammengefaßt; auch dieses sind Tätigkeiten, die sich gegen verschiedene Rechtsgüter richten.

Wenn aber der Gesetzgeber selbst in dieser Weise eine Handlungseinheit herstellt, so darf man dies m. E. auch für andere Fälle tun, in denen das Gesetz, das nicht alle Einzelfälle des Lebens speziell berücksichtigen konnte, keinen solchen zusammenfassenden Tatbestand aufgestellt hat. Gewiß kann man dagegen einwenden, daß man nur in den vom Gesetz ausdrücklich so formulierten Fällen und nur, weil das Gesetz hier eine Zusammenfassung vorgenommen hat, berechtigt sei, Handlungseinheit anzunehmen.

Doch wollen wir ja den Begriff der Handlungseinheit von gesetzlichen Bestimmungen möglichst loslösen und eine natürliche Betrachtungsweise anwenden. Vom Standpunkte der natürlichen Betrachtungsweise ist es aber gleichgültig, ob das Gesetz ausdrücklich eine Zusammenfassung vorgenommen hat oder nicht. Maßgebend kann für uns daher nur ein von der Zufälligkeit der gesetzlichen Regelung unabhängiges Merkmal sein, nämlich der rechtswidrige Erfolg.

Gegen diese Ansicht wird ferner geltend gemacht [12]), daß es nicht lediglich davon, was der Angeklagte durch seine Absicht zur Handlungseinheit zusammenfasse, abhängen könne, ob eine oder mehrere Handlungen gegeben seien; nicht der Handelnde, sondern das Recht bestimme, wann eine Handlung oder wann mehrere Handlungen gegeben seien; und die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, daß gerade ein hartgesottener Verbrecher nur eine Strafe bekäme, weil er mehrere Verbrechen zu begehen beabsichtige, während ein weniger hartgesottener Verbrecher, der erst nach und nach zur Begehung verschiedener Verbrechen sich entschlösse, mehrfache oder verschärfte Strafe erhielte.

Darauf ist zu erwidern: In gewissem Sinne bestimmt auch bei anderen Fällen der Idealkonkurrenz der Handelnde, ob eine oder

[12]) vgl. Entsch. 4 S. 187; 7 S. 60; 11 S. 359; von Bar, G. u. S. 3 S. 509; Schütze, Z. f. St. W. 3 S. 67; Hiller, G. S. 32 S. 210.

mehrere Handlungen vorliegen. Klar tritt dies bei einem auch von der herrschenden Lehre anerkannten Idealkonkurrenzfall hervor, dem Falle, daß jemand durch einen Schuß zwei Menschen tötet. Hier hängt es doch von der Willkür und der Geschicklichkeit des Täters ab, ob er jeden Menschen durch einen besonderen Schuß oder beide Menschen durch denselben Schuß tötet.

Andererseits hängt es aber bei den hier behandelten Fällen nicht lediglich von der Willkür des Täters ab, ob Handlungseinheit oder -mehrheit vorliegt. Zwar ist es richtig, daß in diesen Fällen die Absicht des Täters für das Vorliegen der Handlungseinheit mitbestimmend ist; denn ein Tun, das auf einen Erfolg gerichtet ist, entspringt regelmäßig auch einer Absicht. Aber das Entscheidende ist eben die Einheit des Erfolges; nur wenn die verschiedenen Tätigkeitsakte zu demselben Erfolge in Beziehung stehen, darf Handlungseinheit angenommen werden. Also hängt es doch nicht lediglich von der Willkür des Täters ab, ob er eine oder mehrere Handlungen vornimmt.

Wenn nämlich der Täter auf Grund einer Absicht verschiedene Tätigkeitsakte vornimmt, die sich nicht auf denselben rechtswidrigen Erfolg beziehen, so liegt trotz desselben Entschlusses des Täters Handlungsmehrheit vor. Nicht die einheitliche Absicht, sondern der einheitliche Erfolg ist für die Handlungseinheit maßgebend.

Wir haben also festgestellt, daß in Fällen, in denen eine Tätigkeit nur zur Verwertung oder Sicherung des durch eine andere Tätigkeit herbeigeführten Vorteils dient, ferner in den Fällen, in denen ein Verbrechen nur als Mittel zur Verwirklichung eines anderen Verbrechens dient, eine Einheit des rechtswidrigen Erfolges und deshalb Handlungseinheit gegeben ist.

Andererseits liegt nicht ein einziger rechtswidriger Erfolg vor, wenn z. B. jemand, um sich ein Auto kaufen zu können, verschiedenste Menschen betrügt und bestiehlt. In diesem Falle muß jeder Betrug und Diebstahl als Einzelhandlung betrachtet werden. Es wird ein derartiges Handeln der Auffassung des Lebens nicht als Einheit erscheinen, obgleich man es unter dem Gesichtspunkte des Autoerwerbes zusammenfassen könnte. Aber in solchem Falle ist doch schon auf Grund jedes einzelnen Betruges ein rechtswidriger Erfolg gegeben. Man wird nun einwenden, daß ja auch dann, wenn ein Mittelsdelikt verwirklicht wird, bereits ein rechtswidrier Erfolg gegeben sei, während durch die Verwirklichung des Zweckdeliktes erst ein weiterer rechtswidriger Erfolg hinzukomme. Der Unterschied besteht aber darin, daß bei den verschiedenen Betrügereien, die zum Ankaufe des Autos dienen, nicht eine derartige gegenseitige Abhängigkeit eines Betruges vom anderen Betruge besteht, wie bei Mittels- und Zweckdelikt oder bei Handlungen, die zur Verwertung und Sicherung dienen. Diese gegenseitige Abhängigkeit macht es jedermann klar, daß das Handeln einem rechtswidrigen Zwecke dient. Der Ankauf des Autos ist jedoch ein Zweck, der bereits außerhalb der rechtswidrigen Sphäre liegt, und die verschiedenen Betrugshandlungen sind

auf Grund dieses Zweckes nicht so von einander abhängig, daß sie sich gegenseitig bedingen.

3. Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen.

Noch eine andere Erwägung führt uns dazu, in Fällen, in denen ein Verbrechen nur Mittel zur Ausführung eines anderen Verbrechens ist, Handlungseinheit anzunehmen.

Nach der herrschenden Meinung ist eine Handlung Tatbestandsverwirklichung, und nur, soweit dasselbe Handeln, zur Verwirklichung verschiedener Tatbestände dient, liegt Handlungseinheit vor. Aber die herrschende Meinung geht davon aus, daß zur Tatbestandsverwirklichung nur die sogenannten Ausführungshandlungen dienen, nicht dagegen die Vorbereitungshandlungen [1]). Der Dieb, der sich zunächst einen falschen Schlüssel besorgt, dann die Oertlichkeit besichtigt, und schließlich eine Leiter zum Einsteigen sich verschafft, beginnt nach der herrschenden Meinung noch nicht mit der Diebstahlshandlung. Diese setzt vielmehr erst dann ein, wenn mit der Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmales, z. B. des Einsteigens, begonnen wird. Alles Handeln, das vorher liegt, wird dagegen von der herrschenden Meinung völlig außer Acht gelassen.

Hierin liegt m. E. ein Fehler. Gewiß ist es richtig, daß man bezüglich der Strafbarkeit der Tätigkeitsakte zwischen Ausführungs- und Vorbereitungshandlungen unterscheiden muß. Nur dann, wenn mit einer Ausführungshandlung begonnen ist, liegt ein Versuch vor. Dies ergibt sich aus § 43 StGB. Aber es ist deshalb nicht gerechtfertigt, die Vorbereitungshandlungen völlig von der Gesamthandlung loszulösen, vielmehr sind die Vorbereitungshandlungen Teile der Gesamthandlung. Die Diebstahlshandlung beginnt, nachdem der Täter den Entschluß gefaßt hat; alle Tätigkeitsakte, die auf Grund dieses Entschlusses vorgenommen werden und der Verwirklichung des Diebstahles dienen, gehören zu derselben Handlung. Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, daß mit der Verwirklichung der einzelnen Tatbestandsmerkmale noch nicht begonnen wird und deshalb noch keine Ausführungshandlungen im engeren Sinne vorliegen.

Die herrschende Lehre bringt kaum eine Begründung dafür, daß das vorbereitende Tun nicht zur Handlung gehöre. Dieses wird meist ohne viele Worte behauptet. So sagt Höpfner [2]) :

„Es ist das eine Tatsache, die wir, wenn wir uns vergegenwärtigen, woran wir denken, wenn wir in einem solchen Falle von der Handlung der Tötung sprechen, mit solcher Bestimmtheit erkennen, daß ein Reflektieren über den Grund, warum wir den Ankauf des Revolvers nicht als Bestandteil der Tötung auffassen, möchte es vielleicht auch psychologisches Interesse bieten, für uns nicht erforderlich ist."

---

[1]) vgl. Frank § 74 V, 1c; Höpfner I S. 214; Entscheidung 8 S. 762.

[2]) Höpfner I S. 214.

Mit einer derartig allgemeinen Wendung läßt sich jedoch die Frage nicht beantworten. Daß wir den Ankauf des Revolvers im Sprachgebrauch nicht als Bestandteil der Tötung auffassen, kann nicht ohne weiteres ausschlaggebend sein. Ebensowenig läßt sich ein Fehlschuß als Bestandteil der durch einen zweiten Schuß herbeigeführten Tötung ansehen. Trotzdem faßt man den Fehlschuß mit dem zweiten Schuß zu einer Handlungseinheit zusammen.

Man kann die Frage nicht ohne jede Begründung als Selbstverständlichkeit behandeln, wie dies Höpfner tut. Vielmehr läßt sich bei der Unterscheidung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen eine gewisse Willkürlichkeit nicht verkennen. Weil es unbillig erscheint, ein Handeln, das nur in einer entfernten Beziehung zum Erfolge steht, zu bestrafen, wir vielmehr die Handlung normalerweise erst dann bestrafen, wenn bereits mit der Ausführung im engeren Sinne begonnen ist, deshalb ist bei der Lehre vom Versuch die Unterscheidung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung gemacht worden. Die Handlung ist, solange sie sich im Vorbereitungsstadium befindet, regelmäßig straflos. Ist sie dagegen in das Ausführungsstadium getreten, so wird sie häufig bereits bestraft. Oft wird sie jedoch auch in diesem Stadium noch straflos gelassen, und eine Bestrafung tritt erst dann ein, wenn das Stadium der Vollendung erreicht ist.

Genau so jedoch, wie bei den Delikten, bei denen ein Versuch straflos ist, diese Versuchshandlungen doch zur Gesamthandlung mitgehören, genau so gilt dies in allen Fällen von den Vorbereitungshandlungen. Auch diese dienen bereits dazu, den strafbaren Erfolg der Gesamthandlung mit herbeizuführen. Sie sind Ausführungshandlungen im weiteren Sinne. Weil das Gesetz in § 43 StGB. nur Ausführungshandlungen im engeren Sinne meint, deshab wird es verkannt, daß auch die Vorbereitungshandlungen zur Ausführung des Verbrechens dienen und insofern als Ausführungshandlungen im weiteren Sinne anzusehen sind.

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich ohne weiteres daraus, daß nicht nur die Ausführungs- sondern auch die Vorbereitungshandlungen für den Erfolg kausal sind, wie wohl von dem Standpunkte sämtlicher Kausalitätsthorien anerkannt wird.

Stände man auf einem anderen Standpunkt, so könnte man den Gehilfen, der nur Vorbereitungshandlungen vorgenommen hat, während die Tat selbst von einem anderen ausgeführt worden ist, nicht wegen Beihilfe bestrafen; denn jede Bestrafung setzt ein Handeln voraus, das für den Erfolg kausal war.

Wenn wir uns nun klar gemacht haben, daß auch die Vorbereitungshandlungen Tätigkeitsakte sind, die für den Erfolg kausal sind und die der Täter bewußtermaßen im Hinblick auf den Erfolg vornimmt — denn nur solche Tätigkeitsakte pflegt man als Vorbereitungshandlungen zu bezeichnen —, so muß es m. E. eine Selbst-

verständlichkeit sein, diese Vorbereitungshandlungen mit den Ausführungshandlungen zu einer Einheit zusammenzufassen.

Mit Recht weist Beling [3]) darauf hin, daß die durch eine Tat verwirkte Strafe eine Strafe für das Tatganze ist, und daß unter dieses Tatganze nicht nur die Ausführungs-, sondern auch die Vorbereitungshandlungen fallen. Zwar sind die Vorbereitungshandlungen straflos, wenn es nicht zur Ausführung gekommen ist; ist dagegen die Tat ausgeführt, so ist die Strafe für die Ausführungshandlungen zugleich Strafe für die Vorbereitungshandlungen.

Beling [4]) weist ferner mit Recht den Einwand zurück, daß die Vorbereitungshandlungen nicht rechtswidrig seien. Die Rechtswidrigkeit der Vorbereitungshandlungen ergibt sich eben daraus, daß sie bereits auf den Tatbestandskern hinarbeiten, bereits dazu dienen, das beabsichtigte Verbrechen zu verwirklichen.

Aber selbst, wenn man dies bestreitet, so muß man doch m. E. zugeben, daß die Vorbereitungshandlungen, wie oben ausgeführt wird, für den Erfolg kausal sind. Selbst, wenn man daher die Rechtswidrigkeit der Vorbereitungshandlungen bestreitet, so muß man doch Handlungseinheit zwischen vorbereitendem und ausführendem Tun annehmen, weil beides zur Verwirklichung des Deliktstatbestandes dient, in objektiver Hinsicht wegen der Kausalität, in subjektiver Hinsicht, weil der Täter bei Ausführung der Vorbereitungshandlungen den Erfolg bereits beabsichtigt.

Merkwürdigerweise hat Beling [5]), trotzdem er die Zusammengehörigkeit von Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen erkannt hat, es doch abgelehnt, dann Idealkonkurrenz anzunehmen, wenn die Vorbereitungshandlungen gleichzeitig zur Ausführung eines anderen Deliktes dienen. Beling leugnet nämlich dann eine Tateinheit. Er behauptet vielmehr, daß dann nur eine scheinbare Vorbereitungshandlung vorliege, die in Wahrheit selbständig zu einer Ausführungshandlung vertypt sei; deswegen verbiete sich die Konstruktion einer Tateinheit.

Aber, warum soll die Vorbereitungshandlung jetzt auf einmal ihren Charakter verlieren und nur scheinbare Vorbereitungshandlung sein? Einen Grund hierfür vermag ich nicht einzusehen. M. E. kann ein Handeln in bezug auf einen Deliktstatbestand Ausführungshandlung sein und trotzdem zur Vorbereitung eines anderen Deliktes dienen. Dies muß genau so gut möglich sein, wie der Fall, daß ein Handeln für mehrere Deliktsbestände Ausführungshandlung ist, daß aber letzteres möglich ist, wird auch Beling nicht bestreiten wollen; denn es ist dies ja bei allen typischen Fällen der Idealkonkurrenz so. Genau so wenig, wie eine Tateinheit von Täuschung und Vermögensschädigung beim Betruge dadurch beeinträchtigt wird, daß die

---

[3]) Beling, L. v. V. S. 345.
[4]) a. a. O. S. 346.
[5]) a. a. O. S. 345.

Täuschungshandlung gleichzeitig Ausführungshandlung für eine Urkundenfälschung ist, darf man behaupten, daß dies bezüglich einer Vorbereitungshandlung der Fall sei, wenn diese gleichzeitig Ausführungshandlung für ein anderes Delikt ist. Wenn man einmal zugibt, daß zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung Tateinheit gegeben ist, so muß man diese Tateinheit stets annehmen, nicht nur dann, wenn die Vorbereitungshandlung straflos ist. Auch zwischen Ausführungs- und Nachhandlung nimmt Beling [6]) nur dann Tateinheit an, sofern die Nachhandlungen nicht selbständig strafbar sind. Auch dies scheint mir inkonsequent, denn die Beziehung von Ausführungs- und Nachhandlungen kann nicht dadurch aufgehoben werden, daß die Nachhandlung gleichzeitig Ausführungshandlung für einen anderen Deliktstatbestand ist. Es gilt hier dasselbe, wie für die Vorbereitungshandlungen.

Ohne nähere Begründung erklärt Olshausen [7]), daß stets alle strafbaren oder straflosen Einzelakte, welche die Vorbereitung oder den Versuch einer strafbaren Handlung enthalten, zusammen mit denjenigen der Täterschaft bzw. Mittäterschaft eine und dieselbe Handlung bilden. Dieser Grundsatz entspricht durchaus der hier vertretenen Ansicht. Offenbar hat jedoch Olshausen die Tragweite dieses Satzes selbst nicht klar erkannt. Dies ergibt sich daraus, daß Olshausen weder seine Ansicht begründet, noch darauf hinweist, daß die herrschende Meinung einen anderen Standpunkt vertritt; ferner hat Olshausen an anderen Stellen selbst einen entgegengesetzten Standpunkt eingenommen. Dies zeigt sich z. B., wenn er die Entscheidung 32 S. 137 billigt [8]), die Realkonkurrenz für den Fall annimmt, daß jemand in ein fremdes Haus eindringt, um dort ein Sittlichkeitsverbrechen auszuführen. Offenbar ist in diesem Falle der Hausfriedensbruch eine Vorbereitung für das Sittlichkeitsdelikt. Olshausen hätte also hier die Handlungseinheit bejahen müssen, wenn er seinen oben angeführten Grundsatz angewandt hätte.

Gerade aber, daß Olshausen offenbar rein gefühlsmäßig, ohne die Sache näher zu durchdenken, den Satz ausspricht, daß Vorbereitungs- und Versuchshandlungen mit den Täterschafts- und Mittäterschaftshandlungen eine Einheit bilden, gerade das beweist m. E., daß dieser Satz eine innere Berechtigung besitzt. Obwohl Olshausen im Banne der herrschenden Meinung ist, fühlt er doch die Richtigkeit dieses Satzes. Daß ihn dieses Gefühl nicht getrogen hat, das scheint mir durch die vorangegangenen Ausführungen hinreichend bewiesen zu sein.

4. Das Ergebnis unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit.

Wir haben bisher die Straflosigkeit der Vor- und Nachtat logisch zu begründen gesucht, indem wir nachgewiesen haben, daß die Fälle

---

[6]) Beling a. a. O. S. 345.

[7]) Olshausen § 73 Nr. 4 a.

[8]) Olshausen § 73 Nr. 22.

wirken. Ebenso vermögen unter Umständen Curettagen, intrauterine Spülungen sowie das ganze weitere Heer der gynäkologischen Eingriffe an der Gebärmutter ähnliche Wirkungen hervorzurufen.

Eine andere Frage ist es, ob überhaupt die mit dem Menstrualblut abgestoßenen Schleimhautepithelien lebensfähig und in der Lage sind, an fremdem Orte weiter zu wachsen.

Tierexperimentelle Versuche sind von Jacobson durch Implantation von exstirpierter Uterusschleimhaut, aber nicht zur Zeit der menses, gemacht worden, wobei es ihm gelang, endometriumähnliche Bilder zu erzeugen. Diese Versuche beweisen aber nur lediglich die Fähigkeit des Uterusgewebes, an fremdem Orte weiter zu wachsen, können uns aber in Bezug auf die Lebensfähigkeit der während der Menstruation abgestoßenen Epithelien nichts sagen.

Fast alle Autoren, die sich mit dieser Frage beschäftigt haben, nehmen allgemein an, daß diese Epithelien nicht lebensfähig sind Damit wäre nun in der Tat die Annahme Sampson's, die an und für sich viel Bestechendes hat, sehr wankend geworden. Und da ist meines Erachtens ein Befund von Brakemann von höchstem Interesse. Derselbe fand folgendes: Eine Patientin wurde wegen einer Retroflexio dritten Grades während der Menstruation laparotomiert. Man fand bei der Operation beide Tuben abdominal verschlossen und ihren ampullären Teil durch bräunlich schwärzliches Blut keulenförmig zu Fingerdicke aufgetrieben. Histologische Untersuchungen dieser Stellen ergaben in Serienschnitten „ansehnliche Stromabrocken, und ungefähr in jedem 5. oder 8. Schnitt gut erhaltene Zylinderepithelien, zu Ketten neben- oder aneinandergereiht, und isoliert liegende Drüsen innerhalb der Blutsäule". Der Verfasser ist sich noch nicht ganz klar, ob diese Epithelien als solche während der Menstruation mit dem Blut abgestoßene zu betrachten sind, und ob es sich um einen retrograden Transport von Menstrualblut handelt. Da eine Tubargravidität ausgeschlossen, auch sonst anamnestisch nichts von einer Erkrankung der Tube berichtet wird, so kann man doch die Möglichkeit zugeben, daß hier eine Stauung von gut erhaltenen, bei der Menstruation abgestoßenen Epithelien im ampullären Abschnitt der Tube vorliegt, zumal die hochgradige Retroflexio begünstigend auf den Rücktransport hätte einwirken können. Dieser Befund scheint mir eine wertvolle Stütze für die Sampson'sche Implantationstheorie zu sein. Wenngleich die Untersuchungen auch noch nicht abgeschlossen sind, so wäre es wohl denkbar, daß in anderen Fällen, analog dem eben geschilderten, bei der Menstruation ebenfalls einzelne nicht abgestorbene Epithelien durch die Tube zum Ovarium gelangen und hier zu endometrioiden Wucherungen Anlaß geben können. Es kommt noch hinzu, daß die Epithelien durch den Reiz des neuen Ansiedlungsortes und der für sie fremden Umgebung zu vermehrter Proliferationstätigkeit angeregt werden könnten. Schließlich leben sie genau wie vorher, wenn auch nur an anderer Stelle, unter denselben incretorischen Bedingungen,

diesen Fällen kann das innerhalb des Strafrahmens vom Richter berücksichtigt werden. Zwar darf der Richter, da Idealkonkurrenz vorliegt, nur das Gesetz, das die schwerste Strafe androht, anwenden. Trotzdem bleibt ihm dabei die Möglichkeit, innerhalb des Strafrahmens dieses Gesetzes zu berücksichtigen, daß die Tat wegen des besonders gefährlichen Mittels oder wegen des besonders verwerflichen Zweckes schwerer zu bestrafen ist, als wenn dieses Mittel oder dieser Zweck nicht vorhanden wären.

Andererseits gibt es auch Fälle, in denen eine Tat wegen des angewandten Mittels oder wegen des damit verbundenen Zweckes, obgleich Mittel- oder Zweckhandlung selbst strafbare Handlungen darstellen, doch in einem besonders milden Lichte erscheint. Auch der Gesetzgeber hat derartige Fälle gelegentlich berücksichtigt. So wird eine Tötung dann besonders milde bestraft, wenn das Mittel dazu ein Zweikampf war. Und auch außer den vom Gesetzgeber besonders hervorgehobenen Fällen muß häufig eine Tat, die sich aus Mittel- und Zweckdelikten zusammensetzt, besonders milde bestraft werden. Dies würde bei Anwendung des § 74 StGB. nicht berücksichtigt werden, weil man dann Mittel- und Zweckdelikt getrennt behandeln und danach eine Gesamtstrafe bilden müßte.

Wenn auch meistens beim Zusammentreffen von Mittel- und Zweckdelikt die Handlung schwerer zu werten ist, als wenn Mittel oder Zweck fehlten, so kann doch auch der umgekehrte Fall eintreten. Beides kann innerhalb des Strafrahmens des schwersten Gesetzes, das allein zur Anwendung kommt, berücksichtigt werden. Das Ergebnis ist also befriedigend.

IV. Die Arbeit im Hinblick auf die Strafgesetzbuchentwürfe von 1925 und 1927.

Der Strafgesetzbuchentwurf von 1925 beseitigt die Unterscheidung von Ideal- und Realkonkurrenz. In § 63 wird bestimmt, daß in beiden Fällen nur auf eine Strafe zu erkennen ist. Ueber die Höhe und Art der Strafe geben die folgenden Paragraphen nähere Bestimmungen.

In den §§ 65 ff. des Strafgesetzbuchentwurfs von 1927 wird der gleiche Standpunkt vertreten. Nur wird dort ausdrücklich der Verletzung mehrerer Strafgesetze durch dieselbe Tat der Fall gleichgestellt, daß durch eine Tat dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt ist. Letzterer Fall wurde auch bisher in der gleichen Weise behandelt, ohne daß dies ausdrücklich gesetzlich bestimmt war.

Angesichts der oft schwierigen Unterscheidung zwischen Ideal- und Realkonkurrenz, die von der herrschenden Meinung, wie wir gesehen haben, keineswegs in befriedigender Weise vorgenommen wird, erscheint die Beseitigung der Unterscheidung begrüßenswert. Es lassen sich durch die angeführten Bestimmungen der Strafgesetzbuchentwürfe alle Fälle angemessen berücksichtigen.

Diese Bestimmungen verdanken ihre Entstehung vor allem dem Umstande, daß die Verschiedenheit in der Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz seit langem in der Wissenschaft angefochten ist [1]. Daneben hat auch die Mitwirkung Oesterreichs dazu beigetragen [2].

Es fragt sich, welche Bedeutung der vorliegenden Arbeit im Hinblick auf die Entwürfe zukommt.

Soweit zahlreiche Fälle, die von der herrschenden Meinung der Realkonkurrenz untergeordnet sind, durch diese Arbeit in das Gebiet der Idealkonkurrenz gewiesen sind, verliert die Arbeit durch die

---

[1]) vgl. Coenders, Strafrechtl. Grundbegriffe S. 305 ff.; D. Strafr.-Zeitung 1914 S. 339 ff.; ferner Coenders, Ueber die Idealkonkurrenz S. 1 ff.; Hälschner, Deutsches Strafrecht I S. 672; Binding, Handbuch S. 571; von Buri a. a. O. S. 10 ff.; Geyer a. a. O. S. 184; Merkel-Liepmann S. 344.

[2]) vgl. Begründung zum Entwurf S. 48 oben.

Beseitigung von Ideal- und Realkonkurrenz an Bedeutung. Trotzdem ist eine Unterscheidung von Ideal- und Realkonkurrenz auch nach den Entwürfen unter Umständen noch wesentlich. In § 63 des Entwurfes von 1925 wird diese Unterscheidung nicht völlig beseitigt, vielmehr werden beide Fälle nur gleichgestellt. Ich möchte mich nun zwar nicht der Honigschen [3]) Ansicht anschließen, nach der § 63 des Entwurfes von 1925 vom Tatrichter eine Entscheidung über die Anwendbarkeit der ersten oder zweiten Alternative auf den festgestellten Sachverhalt verlangt. Vielmehr halte ich es für möglich, daß der Richter die Frage offen läßt. Wenn aber der Richter sich nach einer Seite hin entscheidet, so ist allerdings, wie Honig [4]) hervorhebt, eine Revision unter Umständen möglich.

Bedeutsam ist jedoch die Frage, ob man verschiedenes Handeln wegen des einheitlichen Zweckes zu einer Handlungseinheit zusammenfaßt, für die Strafzumessung im Einzelfalle. Der Richter wird innerhalb des durch die §§ 65 ff. des Entwurfes von 1927 einheitlichen Strafrahmens doch meist eine mildere Strafe anzuwenden haben, wenn ein derartiger Zweckzusammenhang besteht, als wenn dies nicht der Fall ist.

Wichtig ist aber von den Ergebnissen dieser Arbeit auch im Hinblick auf die neuen Entwürfe die Erkenntnis, daß viele Fälle einer echten Konkurrenz von der herrschenden Meinung in das Gebiet der Gesetzeskonkurrenz gewiesen sind, bzw. der Gesetzeskonkurrenz gleichgestellt sind. Darauf mit Entschiedenheit hinzuweisen, ist deshalb von besonderer Bedeutung.

---

[3]) Honig, Studien S. 12.

[4]) Honig a. a. O.

Lebenslauf.

Am 1. November 1904 wurde ich, Werner Reinhold Wilhelm von Baumbach, evangelischer Konfession, als Sohn des Landrats Karl von Baumbach und seiner Ehefrau Karola geb. von Holleben zu Rudolstadt i. Thür. geboren. Ich besuchte das Gymnasium zu Rudolstadt und erhielt Ostern 1923 das Zeugnis der Reife. In den folgenden Jahren studierte ich zu Göttingen, München und Marburg die Rechtswissenschaften. Am 1. Dezember 1926 bestand ich bei dem Oberlandesgericht zu Kassel die erste juristische Prüfung, wurde bald darauf zum Referendar ernannt und war seitdem bei der Staatsanwaltschaft, dem Amts- und Landgericht zu Marburg und zu Kassel zur Ausbildung beschäftigt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 26. Juli 1928.

Allen meinen Universitätslehrern, insbesondere Herrn Professor Dr. Mezger für seine Ratschläge bei Abfassung der vorliegenden Arbeit, spreche ich auch an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank aus